Gefälligkeitsverhältnisse im Bürgerlichen Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Bernd v. Dewitz
aus Klein-Sabow in Pommern

1939

Verlag M. Dittert & Co., Dresden A 16, Pfotenhauerstraße 28-30

Obmann: Professor Dr. Eißer

1. Berichterstatter: Professor Dr. Feine

2. Berichterstatter: † Professor Dr. Stoll

Tag der mündlichen Prüfung: 14. 11. 1936.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALT.

1. Abschnitt:

Die Rechtsnatur der Gefälligkeiten.

Seite

I. Gefälligkeiten im täglichen Leben 1

II. Begriffsbestimmung der Gefälligkeitsverhältnisse und Abgrenzung gegenüber anderen Gefälligkeitsleistungen 2

1. Begriffsbestimmung der Gefälligkeitsleistungen 2

a) Unterscheidung zwischen Gefälligkeitsverträgen und Gefälligkeitsverhältnissen 2

b) Gefälligkeit als Motiv bei Gefälligkeitsleistungen 4

c) Die Entgeltlichkeit der Gefälligkeitsleistungen 6

2. Die Gefälligkeitsleistungen als Gefälligkeitsverträge 9

a) Die Gefälligkeitsverträge des BGB 9

b) Die sonstigen schuldrechtlichen Verträge des BGB 11

3. Die Gefälligkeitsleistungen als Gefälligkeitsverhältnisse . . . 12

III. Behandlung in Rechtsprechung und Schrifttum 13

IV. Die Rechtsnatur der Gefälligkeitsverhältnisse 20

1. Sind die Gefälligkeitsverhältnisse schuldrechtliche Verträge? . 20

a) Die Vertragsvoraussetzungen 20

b) Insbesondere: Der Rechtsfolgewille 26

c) Abgrenzung gegenüber einem schuldrechtlichen Vertrage . . 34

2. Sind Gefälligkeitsverhältnisse Verträge außerhalb des Schuldrechts? 35

3. Sind Gefälligkeitsverhältnisse tatsächliche Vorgänge ohne rechtliche Bedeutung? 36

4. Entsteht durch ein Gefälligkeitsverhältnis ein gesetzliches Schuldverhältnis? 39

a) Ist es ein gesetzliches Schuldverhältnis nach dem Grundsatz der culpa in contrahendo? 39

b) Ablehnung des Gedankens der culpa in contrahendo . . . 42

c) Es entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis auf Grund einer allgemeinen Treupflicht 45

A. Seine Art 45

B. Sein Umfang 50

2. Abschnitt:

Die Haftung aus Gefälligkeitsverhältnissen.

Seite

V. Die Haftung aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis 51

VI. Die deliktische Verschuldenshaftung 54

1. Grundsätzliche Haftung 54

2. Einschränkung der Haftung 57

a) Der Ausschlußvertrag 57

b) Verschuldensabrechnung 61

c) Gefahrübernahme 64

d) Motivierte Rechtswidrigkeit 68

VII. Die Gefährdungshaftung 68

1. Der Haftungsgrundsatz 68

2. Der Ausschluß der Haftung 69

a) Haftungsausschluß durch Vertrag 69

b) Mitverschulden 70

c) Gefährdungsaufrechnung 70

Verzeichnis des Schrifttums

Arndt: Rechtsprobleme der Kraftfahrzeuggefälligkeitsfahrt. In: Juristische Wochenschrift Jahrgang 1929.

Balzereit: Gefälligkeitsverträge. In: Kleine Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 72.

v. Blume: Das Reichsgericht und die Gefälligkeitsverträge. In: Das Recht. Rundschau für den Juristenstand. Folge 1908.

Böckel: Gefälligkeitsvertrag. In: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Band 2. 1927.

Buske: Der Gefälligkeitsvertrag. In: Kleine Schriften zum Bürgerlichen Recht. Band 89.

Carl: Übersicht über die Rechtsprechung zum Straßenverkehrsrecht und zu den einschlägigen Nebengesetzen für die Zeit vom 31. Juli 1934 bis zum 1. Mai 1935. In: Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1935.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 8. Auflage 1924/27.

Cramer: Gefälligkeitsverträge unter besonderer Berücksichtigung der Kraftfahrzeuggefälligkeitsfahrt. Erlangen. 1934.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1902.

Danz: Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Auflage. 1911.

— Laienverstand und Rechtsprechung. In: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Band 38.

Dernburg[1]): Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 2. Band. 4. Auflage. 1915.

Dölle: Vom alten zum neuen Schuldrecht. In: Deutsche Juristenzeitung. Jahrgang 1934.

Endemann: Lehrbuch für das Bürgerliche Recht. 9. Auflage. 1903.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I. Einleitung. Allgemeiner Teil. 13. Bearbeitung. 1931.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band II. Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearbeitung. 1932.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Flad: Handeln auf eigene Gefahr. Zugleich ein Beitrag zur Beurteilung der sogenannten Gefälligkeitsfahrten. In: Das Recht. Rundschau für den Juristenstand. Folge 1919.

Geigel: Schadensersatzansprüche aus Gefälligkeiten. In: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Band 77.

Gonnermann: Die sogenannten Gefälligkeitsverträge. Marburg 1932.

Henle: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Schuldrecht. 1934.

Hinrichs: Ist das Verhältnis zwischen dem Gefälligen und dem Empfänger einer Gefälligkeit im täglichen Leben von rechtlicher Bedeutung? Göttingen. 1923.

Hoeniger[2]): Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge. Band I. Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim 1910.

Jung: Der Ausschluß der Tierhalterhaftung in Vertragsverhältnissen. In: Archiv für die zivilistische Praxis. Band 117.
Klein: Anzeigepflicht im Schuldrecht. Berlin 1908.
— Zur Lehre von der „Anzeigepflicht im Schuldrecht". In: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Band 74.
Klünder: Die rechtliche Natur der Gefälligkeitsleistungen. Göttingen 1932.
Koch: Die Gefälligkeitsfahrt in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte. In: Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1931.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1906.
Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. 1929.
Krückmann: Gefälligkeitsverträge. In: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Band 74.
— Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung. In: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Band 52.
— Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung. In: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Band 54.
— Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit. In: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Band 55.
— Die Gefälligkeitsfahrt. (Ein Beitrag zu der Lehre von den sogenannten Gefälligkeitsverträgen.) In: Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1932.
Kuhlenbeck: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts. Der Leihvertrag (Kommodat). Das Prekarium (Leihe auf beliebigen Widerruf, Bittleihe). In: Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1904.
Kuhlenbeck: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts. LXV. Der Auftrag. In: Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1908.
Küsters: Gefälligkeitsverträge. Köln 1930.
Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht. Hamburg 1934.
— Die Vertragstreue. In: Deutsches Recht 1935.
Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Auflage. 1933.
— Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. 1906.
— Zur Lehre der Verwirkung. In: Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1936.
Leonhard[2]): Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.
— Verschulden beim Vertragsschluß. 1910.
Litten[2]): Zur Abänderung des § 833 des Bürgerlichen Gesetzbuches. In: Deutsche Juristenzeitung. Jahrgang 1905.
Louis: Anmerkung zu einer Entscheidung des Reichsgerichts. In: Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1935 S. 1021.
— Gefälligkeitsfahrt! In: Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1936.
Lucke: Ein Beitrag zur Frage der Haftung aus Gefälligkeitsfahrten mit Kraftfahrzeugen. Heidelberg 1931.
Mansfeld: Die arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. In: Juristische Wochenschrift 1936.
Martel: Der sogenannte „Gefälligkeitsvertrag" in der Rechtsprechung. Köln 1933.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. 1888.

Müller: Automobilgesetz. 8. Auflage 1932.
— Die Treupflicht im Bürgerlichen Recht. In: Deutsche Juristenzeitung. Jahrgang 1935.
Neumann[1]): Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 6. Aufl. 1912.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Auflage. 1929.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Auflage.
Bd. I: Allgemeiner Teil. 1913.
Bd. II: 1. Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. 1914.
Bd. II: 2. Besonderer Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. 1928.
Rathey: Gefälligkeitsverträge und Tierhalterhaftung. Breslau 1916.
Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Erläutert von Reichsgerichtsräten. 8. Aufl. 1934.
Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Auflage. 1931.
Schneider: Der 65. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. In: Deutsche Juristenzeitung. Jahrgang 1908.
Schröder: Die sogenannten Gefälligkeitsverträge. In: Kleine Schriften zum Bürgerlichen Recht. Band 125.
Schumacher: Die rechtliche Beurteilung von Gefälligkeitsfahrten nach Kraftfahrzeugrecht. Marburg. 1932.
Siber: Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Band II. Schuldrecht. 1931.
— Zur Haftpflicht für Tiere und Automobile. In: Deutsche Juristenzeitung. Jahrgang 1905.
Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit. Hamburg. 1935.
— Die Volksgemeinschaft im Bürgerlichen Recht. In: NS-Handbuch für Recht und Gesetzgebung. 1935.
— Auflockerung und Umbruch im Bürgerlichen Recht. In: Deutsches Recht. Jahrgang 1935.
Soergel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Auflage. 1929.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz. 9. Auflage. 1928.
Stoll: Gemeinschaftsgedanke und Schuldvertrag. In: Deutsche Juristenzeitung. Jahrgang 1936.
Sugg: Gefälligkeitsverträge. Breslau. 1914.
Tegtmeyer: Zur Frage der Verwirkung. In: Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1936.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1918.
Wallrawen: Über Gefälligkeitsverträge. Marburg. 1934.
Warneyer: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 6. Auflage. 1935.
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Auflage. 1930.
Wolff[2]): Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. III. Band. Das Sachenrecht. 9. Bearbeitung. 1932.

---

[1]) Von jüdischen Autoren begründete Werke.
[2]) Schriften jüdischer Autoren.
Nach: Erwin Albert, Verzeichnis jüdischer Verfasser juristischer Schriften. 2. Auflage, Stuttgart, 1937.

Zimmermann: Zur Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten. In: Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1928.
Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit. In: Archiv für die zivilistische Praxis. Band 99.

Abkürzungen:

DR.	=	Deutsches Recht.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung
Jher. J.	=	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
JW.	=	Juristische Wochenschrift.
LZ.	=	Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht
OLG.	=	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
„Recht"	=	Das Recht. Rundschau für den Juristenstand.
RG.	=	Reichsgerichtsentscheidung.
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RG. Komm.	=	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Erläutert von Reichsgerichtsräten.
Seuff. Bl.	=	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Ziv. Arch.	=	Archiv für die zivilistische Praxis.

1. Abschnitt.

Die Rechtsnatur der Gefälligkeiten

I. Gefälligkeiten im täglichen Leben

„Wollen Sie mir einen Gefallen tun?" Wie oft hört man nicht diese Frage im täglichen Leben. Bitten um allerlei Nichtigkeiten, um Handreichungen, kleine Dienste und Freundestaten werden mit dieser Frage eingeleitet. Man bittet um Feuer für die Zigarette, um die Zeitung, den Bleistift. Die alte Dame im Eisenbahnabteil bittet, ihr den Koffer ins Gepäcknetz zu heben. Man bittet den Freund oder er erbietet sich, den Brief auf dem Heimweg in den Kasten zu werfen. Der Tänzer bittet um einen Tanz, der Nachbar bittet, eine Qbertragung im Rundfunk mit anhören zu dürfen. Oft bedarf es nicht einer Bitte. Es ist selbstverständlich, daß der Gast aufgefordert wird, auf dem Stuhl Platz zu nehmen, seinen Mantel an den Kleiderhaken zu hängen, die Asche seiner Zigarette in den Aschenbecher zu werfen. Wird ihm Wein angeboten, so versteht es sich von selbst, daß auch ein Glas hingestellt wird, aus dem der Gast trinken kann. Alles das kommt täglich überall vor, wo Menschen zusammentreffen. Und nicht immer handelt es sich nur um Kleinigkeiten. Oft sind es Dinge, die von Wert sind. Welchem Studenten wäre nicht, besonders am Monatsende, die Einladung von befreundeter Familie von Bedeutung? Wie mancher kommt zu seinem Freund mit der Bitte: Kannst du mir nicht 20,— RM leihen? Mancher arme Reisende verdankt dem freundlichen Kraftfahrer eine Fahrt, die mit einem Gotteslohn abgegolten wird. Oft treten Freunde eine gemeinsame Fahrt an, verabreden sich zum Tennis, laden sich zur Jagd ein, fahren mit dem Pferdegespann. Weit ist der Begriff alles dessen, was wir unter dem Wort Kameradschaft verstehen. Der Soldat hält dem Soldaten das Gewehr, zwei Kameraden tragen den Tornister des Fußkranken, der SA.-Mann hilft dem Kameraden mit einer Zigarette aus. Alle diese Handlungen entspringen der Kameradschaft, der Freundschaft, der Sitte, der menschlichen Umgangsform. Man tut dem anderen einen Gefallen, erweist ihm eine Gefälligkeit.

Entsteht nun aus einer derartigen Gefälligkeit ein Rechtsstreit, so drängt sich die Frage nach der rechtlichen Natur derartiger Vorgänge

auf. Es sind eine Reihe Entscheidungen ergangen, die im Schrifttum z. T. lebhaften Widerspruch hervorgerufen haben. Erstmalig im Jahre 1903 trat das Problem hervor. Das Reichsgericht[1]) hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Ein Fuhrmann nahm aus Gefälligkeit einen Bekannten unentgeltlich auf seinen Wagen. Das Pferd scheute, so daß der Wagen umfiel und der Fahrgast verletzt wurde. Der Fuhrmann wurde als Tierhalter aus § 833 BGB. zum Schadensersatz verurteilt. Diese Entscheidung wurde als unbillig empfunden und seitdem ist im Schrifttum die Natur derartiger Gefälligkeitsleistungen häufig behandelt worden. Es haben sich im wesentlichen zwei Meinungen herausgebildet. Die eine Richtung nimmt einen tatsächlichen Vorgang des täglichen Lebens an, der vom Rechtsleben nicht erfaßt wird, während die Gegenmeinung einen schuldrechtlichen Vertrag konstruiert.[2]) Alle die zahlreich vorliegenden Arbeiten nehmen mehr oder weniger einen dieser beiden Standpunkte ein. Das Problem hat sich zu der Frage „Vertrag oder kein Vertrag" entwickelt. Immer wird vom Wesen des schuldrechtlichen Vertrages ausgegangen und daran — je nach dem Ergebnis — die Vertragsnatur der Gefälligkeitsleistung festgestellt oder abgelehnt. Wenn nun, nachdem das Problem dreißig Jahre lang Gegenstand von Erörterungen gewesen ist, noch immer keine Übereinstimmung und m. E. kein befriedigendes Ergebnis erzielt worden ist, so kann dies doch nicht nur in der Unversöhnlichkeit der Meinungen liegen. Es drängt sich die Frage auf, ob nicht der Hebel an einer anderen Stelle angesetzt werden muß, als es bisher geschehen ist. Das soll im folgenden versucht werden. Der Gang der Untersuchung wird durch das vorliegende Schrifttum bestimmt.

II. Begriffsbestimmung der Gefälligkeitsverhältnisse und Abgrenzung gegenüber anderen Gefälligkeitsleistungen

1. Begriffsbestimmung der Gefälligkeitsleistungen.

a) Unterscheidung zwischen Gefälligkeitsverträgen und Gefälligkeitsverhältnissen.

Unter dem Begriff der Gefälligkeitsleistung können wir alle diejenigen Vorgänge des täglichen Lebens zusammenfassen, in denen

1) RGZ. 54 S. 73. Im Schrifttum wird diese Entscheidung verschiedentlich irrtümlich mit RGZ. 54 S. 17 zitiert.
2) Vgl. Balzereit S. 2.

jemand aus Gefälligkeit gegenüber einem anderen eine schuldrechtliche Verpflichtung auf sich nimmt. Hierher gehören gleichzeitig aber auch diejenigen Fälle, in denen jemand nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens einem anderen einen „Gefallen tut, ihm gefällig ist oder eine Gefälligkeit erweist", ohne daß es zunächst klar wird, ob er damit eine schuldrechtliche Verpflichtung eingeht oder eingehen will. Der Begriff der Gefälligkeitsleistung soll deshalb hier in der Bedeutung eines Oberbegriffes angewandt werden, dem alle die Vorgänge des täglichen Lebens untergeordnet werden, die entweder ihren Ursprung in dem Beweggrund des Gefälligseins haben oder die nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens schlechthin als Gefälligkeit bezeichnet werden, ohne daß damit ihre rechtliche Einordnung und Ausgestaltung bereits geklärt ist.

Diese Gefälligkeitsleistungen lassen sich in zwei Hauptgruppen einteilen. Die eine Gruppe umfaßt diejenigen Vorgänge, in denen die Gefälligkeit ihren rechtlichen Ausdruck in dem Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages findet. Es sind dies die Fälle, in denen wir die Gefälligkeitsleistung als schuldrechtlichen Gefälligkeitsvertrag oder als einen sonstigen schuldrechtlichen Vertrag aus Gefälligkeit definieren können. Die zweite Gruppe umfaßt diejenigen Fälle, in denen es zweifelhaft ist, ob sich die betreffenden Vorgänge in die erste Gruppe der schuldrechtlichen Verträge einordnen lassen. Es sind dies die Fälle, von denen oben einige Beispiele angeführt worden sind. In Schrifttum und Rechtsprechung werden diese Fälle teils auch als Gefälligkeitsverträge und teils als Gefälligkeiten von rein tatsächlicher Natur bezeichnet, je nachdem, ob ihr Wesen generell als schuldrechtlicher Vertrag erklärt oder dieses geleugnet wird. Im Gegensatz zu diesen Bezeichnungen soll für die zweite Gruppe der Gefälligkeitsleistungen hier die Bezeichnung „Gefälligkeitsverhältnisse" aufgestellt werden. Der Ausgangspunkt ist daher die Feststellung, daß das weite Gebiet aller Gefälligkeitsleistungen sich in die Gruppe der Gefälligkeitsverträge, die schuldrechtliche Verträge sind, und in die Gruppe der Gefälligkeitsverhältnisse scheidet.

Diese Gegenüberstellung aufzuzeigen und die Unterscheidung beider Gruppen und ihre Abgrenzung gegeneinander darzustellen, ist der Zweck dieser Arbeit. Das Ergebnis soll sein, nachzuweisen, daß die Gefälligkeitsverhältnisse eine andere rechtliche Behandlung erfahren müssen als die sonstigen Gefälligkeitsleistungen, die sich der rechtlichen Betrachtung als schuldrechtliche Verträge darstellen. Denn es wird im Laufe der Untersuchung nachzuweisen sein, daß die Gefälligkeitsverhältnisse nicht als schuldrechtliche Verträge aufzufassen sind, sondern als Treuverhältnisse in Form eines gesetzlichen Schuldverhält-

nisses, das nach anderen Gesichtspunkten auszugestalten ist. Die Aufgabe dieser Arbeit ist also die Darstellung der Rechtsnatur der Gefälligkeitsverhältnisse und der sich aus ihnen ergebenden Pflichten und Haftungen. Die erste Gruppe der Gefälligkeitsleistungen, der Gefälligkeitsverträge und sonstigen schuldrechtlichen Verträge aus Gefälligkeit, ist nicht Gegenstand dieser Darstellung. Mit ihr soll sich diese Arbeit nur insoweit befassen, als es nötig ist, um den Unterschied zu der zweiten Gruppe der Gefälligkeitsleistungen — den Gefälligkeitsverhältnissen - - aufzuzeigen. Bevor versucht wird, den Unterschied zwischen den schuldrechtlichen Gefälligkeitsverträgen und sonstigen schuldrechtlichen Verträgen aus Gefälligkeit einerseits und den darzustellenden Gefälligkeitsverhältnissen andrerseits herauszuarbeiten, sollen zunächst die gemeinsamen Eigenschaften herausgestellt werden, die allen Gefälligkeitsleistungen, sowohl den schuldrechtlichen Gefälligkeitsverträgen bzw. schuldrechtlichen Verträgen aus Gefälligkeit als auch den nicht vertraglichen Gefälligkeitsverhältnissen gemeinsam eigentümlich sind. Erst nachdem die gemeinsamen Eigenschaften festgestellt sind, sollen die Unterscheidungsmerkmale dargestellt werden, aus denen die Definition der Rechtsnatur der Gefälligkeitsverhältnisse folgt.

b) Gefälligkeit als Motiv bei Gefälligkeitsleistungen.

Die Verwendung des Wortes Gefälligkeit könnte leicht zu Verwechselungen führen. Wenn jemand einem anderen einen Gefallen tut, z. B. einem Mitreisenden den Koffer trägt, dann erweist er ihm eine Gefälligkeit. Es wird aber auch gesagt: er handelt aus Gefälligkeit.[3]) Das könnte so aufgefaßt werden, daß unter Gefälligkeit nicht die Handlung selbst, sondern die Beweggründe zu verstehen sind, die den Gefälligen zu seiner Handlung bestimmen. Das Kriterium einer Gefälligkeitsleistung und damit auch das eines Gefälligkeitsverhältnisses würde dann in dem Beweggrund: „gefällig sein" liegen. Gefälligkeit wäre dann das Motiv.[4])

Das bedarf aber noch einer Klarstellung. Wenn ein Mensch einem anderen einen Gefallen tut, so liegt darin das Motiv: gefällig sein. Der Beweggrund ist die Gefälligkeit und dieser Beweggrund wird in eine Handlung umgesetzt. Trifft dies aber für alle in Frage stehenden Vor-

3) Planck, Vorb. III zu §§ 598 ff.; RG. Komm. § 662 Anm. 2; Kuhlenbeck in JW. 1908 S. 701 ff.; Geigel in Seuff. Bl. Bd. 77 S. 37.

4) Sugg, S. 1; Balzereit, S. 1.

gänge zu? Teilweise wird die behauptet.[5]) Daraus würde folgen, daß das wesentliche Erkennungsmerkmal der Gefälligkeitsverhältnisse und aller Gefälligkeitsleistungen im Motiv liegt.[6]) Das wieder müßte zur Folge haben, daß sich die Untersuchungen auf diejenigen Vorgänge zu beschränken hätten, die dem Motiv der Gefälligkeit entspringen. Will ich einem anderen gefällig sein, so nehme ich etwas vor, was ihm angenehm ist. Hierher gehören die Handlungen aus Mitleid, Menschlichkeit, Freundlichkeit. Man reicht dem Mitreisenden den Fahrplan, damit e r lesen kann. Man leiht dem Freund das Geld, damit i h m geholfen ist. Es wird an den anderen gedacht.[7]) In diesen Fällen ist die Gefälligkeit das Motiv. Es deckt sich Gefälligkeit dann mit Uneigennützigkeit des Gefälligen.[8]) Denn er denkt ja nicht an sich, sondern will gefällig sein.

Das ist aber nicht in allen Fällen so. Es gibt auch Gefälligkeitsleistungen, die nicht dem Motiv: „gefällig sein" entspringen. Oft wird der einzige Beweggrund eine gesellschaftliche Pflicht sein, wie z. B. bei gewissen Einladungen. Der, der die Gefälligkeitsleistung erbringt, ist dem Partner vielleicht gar nicht freundlich gesonnen. Vielleicht will er ihm gar nicht gefällig sein. Vielleicht will er den Eingeladenen sogar durch eine boshafte Komposition der Tischordnung in Verlegenheiten bringen. Das Motiv zu einer solchen Handlung kann geradezu Mißgunst oder auch Haß sein. Oder das Motiv ist reiner Eigennutz. Z. B. man ladet jemanden ein, der einem vollständig gleichgültig ist, von dem man sich aber geschäftliche oder berufliche Empfehlungen verspricht. Dann denkt man auch nur an sich. Oder ein Reisender fährt mit seinem Kraftwagen auf der Landstraße. Er langweilt sich allein, und um sich durch ein Gespräch die Zeit zu verkürzen, lädt er einen Fußgänger zum Mitfahren ein. Oder man denke an die Fälle, die sogar schon das Strafrecht beschäftigt haben, wenn gewisse abenteuerlustige Herren Damen zu einer Autofahrt einladen. In derartigen Fällen wird die Handlung nicht durch das Motiv: „gefällig sein" ausgelöst. Aber auch diese Fälle müssen wir als Gefälligkeitsleistungen ansprechen.

Für die Begriffsbestimmung der Gefälligkeitsleistungen ist daher das Motiv nicht allein maßgebend. Es gibt auch Vorgänge, die durch ihre Vornahme allein, nur „durch ihre äußere Eigenschaft"[9]), ohne Rücksicht auf das Motiv, als Gefälligkeitsleistung wirken. So auch die

---

5) Schröder, S. 10.
6) Vgl. Martel, S. 4.
7) Sugg, S. 2; Rathey, S. 8.
8) Böckel, S. 607.
9) Martel, S. 4.

Einladung zu einer Jagd, die in einem Fall vom Reichsgericht als die Erledigung einer gesellschaftlichen Verpflichtung bezeichnet wurde.[10]) Gefälligkeitsleistungen sind diejenigen Leistungen, die erbracht werden, ohne daß dabei die Partner auf der Basis wirtschaftlicher Gegenspieler stehen, etwa wie bei einem Kaufvertrag. Auf die wirtschaftliche Seite, soweit die Frage der Entgeltlichkeit berührt wird, wird allerdings noch näher einzugehen sein. Aber sie ist für das Wesen der Gefälligkeitsleistungen nicht von besonderer Bedeutung. Einstweilen kann festgestellt werden, daß das Wesen der Gefälligkeitsleistungen nicht allein aus dem Motiv bestimmt werden kann. Es gibt auch Gefälligkeitsleistungen, die nicht dem Motiv: „gefällig sein" entspringen, sondern anderen Gründen. Immerhin wird aus dem Motiv meist auf eine Gefälligkeit geschlossen werden können. Es wird vielleicht sogar der Regelfall sein, daß eine Gefälligkeitsleistung als eine uneigennützige Leistung angesprochen werden kann. Aber dies ist nicht das ausschließliche Merkmal. Besser wird sich das Wesen einer Gefälligkeitsleistung aus dem äußeren Wesen einer Handlung bestimmen lassen, einer Handlung, die den Zweck hat, jemandem gewisse Leistungen zu erbringen, die zwar meist — aber nicht immer — uneigennützig sind und die von der Gegenleistung meist nicht abhängig sind.

c) Die Entgeltlichkeit der Gefälligkeitsleistungen.

Gefälligkeitsleistungen sind Leistungen, die im allgemeinen dargebracht werden, ohne daß der empfangende Teil einen angemessenen Entgelt dafür entrichtet. Meist wird die Gefälligkeitsleistung sogar unentgeltlich sein. Das mag als Regelfall gelten. Es darf aber nicht verkannt werden, daß auch hier Ausnahmen möglich sind.

Man hört oft die Ansicht vertreten, daß die Unentgeltlichkeit der Gefälligkeitsleistungen geradezu das entscheidende Kriterium dieser Fälle sei.[11]) Das ist aber nicht immer zutreffend. So sagt Böckel[12]), daß bei den Gefälligkeitsverträgen im engeren Sinne[13]) zwar auch die Gefälligkeit für den Abschluß bestimmend sei, doch daß das Unter-

---

10) RGZ. 128 S. 42.

11) Martel, S. 5; Louis in JW. 1935 S. 1022 Anm.; vgl. auch Henle, S. 37 und Kreß, S. 70.

12) Böckel, S. 607.

13) Böckel versteht unter Gefälligkeitsverträgen im engeren Sinne diejenigen Gefälligkeitsleistungen, deren schuldrechtliche Vertragsnatur zweifelhaft ist, im Gegensatz zu den zweifelsfrei schuldrechtlichen Gefälligkeitsverträgen. Er meint also die Gefälligkeitsverhältnisse.

scheidungsmerkmal gerade in der Unentgeltlichkeit der Leistung gesehen werden müsse. Deswegen genüge Unentgeltlichkeit als Beweis der Gefälligkeitsleistung, da nur das Erklärte und nicht das heimlich Gewollte gewertet werden könne. Die Bedeutung der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit ist aber unter zwei Gesichtspunkten von Bedeutung.

Einmal sollen aus der Unentgeltlichkeit Rückschlüsse auf die Haftung des Gefälligen gezogen werden. „Wer sich an die Gefälligkeit eines anderen wendet, kann an ihn keine höheren Anforderungen stellen, als jener in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt."[14]) Sodann könnte die Untgeltlichkeit den Mangel des Rechtsfolgewillens beweisen. Hiergegen vertritt Geigel die Ansicht, daß die Unentgeltlichkeit keinen Rückschluß auf den fehlenden Rechtsfolgewillen zulasse.[15]) Es sei nicht richtig, daß auf Seiten des Gefälligen eine Verpflichtung zur Leistung nicht entstanden sei. Geigel faßt auch die Gefälligkeitsverhältnisse wie alle anderen Gefälligkeitsleistungen als schuldrechtliche Verträge auf und fordert wegen der Unentgeltlichkeit eine Motivierung der Verträge. Denn mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit eines solchen Vertrages müsse der Gefällige stets in der Lage sein, den Gefälligkeitsvertrag wieder aufzuheben, solange das ohne Schaden für den Gefälligkeitsnehmer geschehen könne.[16]) Auch Cramer hält die Unentgeltlichkeit für so wichtig, daß er in ihr gerade die Unterscheidung zwischen den reinen Gefälligkeitsverhältnissen und den schuldrechtlichen Gefälligkeitsverträgen suchen will.[17])

Das mag auch als Regelfall zutreffen. Aber auch das Moment der Unentgeltlichkeit ist nicht so zweifelfrei für die Rechtsnatur der betreffenden Gefälligkeitsleistung maßgebend. So hat Hoeniger sehr treffend nachgewiesen[18]), daß sich aus der Gefälligkeit nicht notwendig die Unentgeltlichkeit ergeben muß.[19]) Ich kann aus Gefälligkeit etwas verkaufen oder verschenken. Dann liegt einmal Entgeltlichkeit und einmal Unentgeltlichkeit vor, aber jedesmal ein obligatorischer Vertrag. Ich kann aber auch dem Freund ein Abendessen spendieren, damit er mir am andern Tage einen Dienst leistet. Auch das ist ein Entgelt. Entgeltlichkeit heißt, daß Leistung gegen Leistung steht, wobei eine Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung nicht erforderlich ist. Deshalb muß man wohl einräumen, daß die aus Gefälligkeit erwiesene

---

14) Böckel, S. 612.
15) Geigel, S. 41.
16) Geigel, S. 42.
17) Cramer, S. 5.
18) Hoeniger I, S. 217.
19) Vgl. RG. in JW. 1935 S. 1022: Eine Gefälligkeit kann sowohl mit entgeltlicher als auch mit unentgeltlicher Beförderung verbunden sein.

Leistung zwar unentgeltlich geschehen kann, daß dies aber nicht immer notwendig ist, denn sie kann auch einmal entgeltlich sein. Man denke an den Fall, daß ein Künstler nur deswegen eingeladen wird, weil der Hausherr hofft, durch das Klavierspiel dieses Künstlers seinen anderen Gästen eine besondere Überraschung bereiten zu können. Wenn er nun schon in dem Einladungsschreiben den Künstler bittet, an dem betreffenden Abend eine Probe seiner Kunst zu geben, dann kann auch hierin eine Art Entgelt gesehen werden, obgleich das meist nicht anerkannt wird.[20]) Allerdings wird die Einladung nicht davon abhängig sein.

Die Tatsache, daß im allgemeinen Gefälligkeitsleistungen ohne Entgelt, nur für einen Gotteslohn geboten werden, darf nicht zu der Feststellung verführen, daß es nun keine Gefälligkeitleistungen gibt, die nicht entgeltlich wären. So lehnt das Reichsgericht einmal eine Gefälligkeitsfahrt ab, wenn zwei Bauern sich abwechselnd mit ihrem Gespann zum Markt mitnehmen, weil darin ein Entgelt liege[21]) und führt in einer anderen Entscheidung aus, daß die Unentgeltlichkeit nicht allein für das Vorliegen eines Gefälligkeitsverhältnisses ausreichend sei.[22])

Immerhin mögen die Fälle, in denen für die Gefälligkeitsleistung ein Entgelt geleistet wird, Ausnahmefälle sein. Im allgemeinen wird man sagen können, daß aus der Unentgeltlichkeit einer Leistung geschlossen werden kann, daß sie eine Gefälligkeitsleistung ist.[23]) Wir können damit feststellen, daß Gefälligkeitsleistungen meist unentgeltlich sind, es aber nicht notwendig zu sein brauchen.

Wir können Gefälligkeitsleistungen daher definieren als Handlungen, mit denen jemand auf Grund einer Vereinbarung einem anderen eine Leistung irgendwelcher Art erbringt, sei es ein persönlicher Dienst, sei es die Überlassung einer Sache. Das Motiv zu diesen Leistungen kann reine Gefälligkeit oder auch Höflichkeit, gesellschaftliche Rücksichtnahme[24]), Sitte, Religion[25]), freundschaftliches Entgegenkommen[26]) oder aber auch Eigennutz sein. Im Regelfall wird man aber von uneigennützigen Motiven ausgehen können. Die Gefälligkeitsleistung erfolgt meist unentgeltlich, wenn auch in Ausnahmefällen einmal ein Entgelt geleistet werden wird. Dann wird aber die Gegenleistung nicht Gegenstand der Vereinbarung sein, sondern aus moralischen Gründen, wie die Gefälligkeitsleistung selbst, geleistet werden.

20) Wallraven, S. 10; Martel, S. 4/5; Geigel, S. 41 u. a.
21) RG. in DJZ. 1935, S. 189.
22) RG. in JW. 1934, S. 346.
23) Wallrawen, S. 10.
24) Kuhlenbeck, S. 701.
25) Cramer, S. 5.
26) RG. in LZ./1918, S. 496.

Eine andere Frage ist es, in welcher Weise die Partner einer Gefälligkeitleistung ihre Beziehungen ausgestalten und welche Folgen im Einzelfall aus dem Verhalten der Beteiligten zu ziehen sind.

2. Die Gefälligkeitsleistungen als Gefälligkeitsverträge.

a) Die Gefälligkeitsverträge des BGB.

Wie schon hervorgehoben, scheidet sich die Gesamtheit der Gefälligkeitsleistungen in die Gruppe der schuldrechtlichen Gefälligkeitsverträge oder sonstigen schuldrechtlichen Verträge aus Gefälligkeit und in die Gruppe der Gefälligkeitsverhältnisse. Wann das eine oder andere anzunehmen ist, wird davon abhängen, was die Beteiligten beabsichtigten. Die Ausgestaltung seiner schuldrechtlichen Beziehungen zu anderen Personen ist jedem grundsätzlich freigestellt. Man kann aus dem Motiv Gefälligkeit schuldrechtliche Verträge abschließen. Die Beteiligten können die Gefälligkeit in die Form eines schuldrechtlichen Vertrages kleiden. So kann man aus Gefälligkeit einen Kaufvertrag abschließen, der dann als ein Kaufvertrag zu werten ist und bei dem die Gefälligkeit nur eine untergeordnete Rolle spielt.[27]) Man kann auch einen obligatorischen Vertrag abschließen, dessen einziger Inhalt die Erbringung einer Gefälligkeitsleistung ist, einen Gefälligkeitsvertrag.[28])

Im BGB sind im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse einige dieser reinen Gefälligkeitsverträge normiert.[29]) Derartige im Gesetz geregelte Gefälligkeitsverträge sind: Schenkung, Leihe, unentgeltliches Darlehn, unentgeltliche Verwahrung und Auftrag. Durch einen solchen schuldrechtlichen Gefälligkeitsvertrag wird der Schuldner zu einer Leistung verpflichtet. Schenkung ist unentgeltliche Vermögenszuwendung, §§ 516 ff. BGB. Die Leihe verpflichtet den Verleiher, dem Entleiher eine Sache zum unentgeltlichen Gebrauch zu überlassen, §§ 598 ff. BGB. Die unentgeltliche Verwahrung begründet eine Verpflichtung zum unentgeltlichen Aufbewahren einer Sache, §§ 690 ff. BGB. Der Auftrag legt dem Beauftragten die Pflicht auf, eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung vorzunehmen, §§ 662 ff. BGB. Das zinslose Darlehn ist die Überlassung vertretbarer Sachen, die den Empfänger verpflichtet, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, §§ 607 ff. BGB.

---

27) Kuhlenbeck, S. 701.
28) Cramer, S. 5.
29) Die gleiche Bezeichnung auch bei: Martel, S. 7; Kuhlenbeck, S. 701; Böckel, S. 607.

In die Form eines solchen Gefälligkeitsvertrages können die Beteiligten die Gefälligkeitsleistung einkleiden. Da diese Gefälligkeitsverträge schuldrechtliche Verträge sind, müssen dann auch die Erfordernisse, die an den Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages zu stellen sind, vorliegen. Die auf den Abschluß eines solchen Vertrages gerichteten Willenserklärungen müssen abgegeben werden und es muß insbesondere ein Verpflichtungswille oder Rechtsfolgewille bestehen. Darauf wird noch näher einzugehen sein. Soweit derartige Willenserklärungen ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben sind, soweit insbesondere die Beteiligten sich im Rahmen des betreffenden Vertragstyps zu der zu erbringenden Leistung verpflichten wollen, wird es keine Schwierigkeiten machen, die Gefälligkeitsleistungen als einen Gefälligkeitsvertrag aufzufassen. Das Moment der Gefälligkeit ist dann auch von untergeordneter Bedeutung, denn der betreffende schuldrechtliche Vertrag ist dann in seinen Rechtsfolgen nur nach der einschlägigen Bestimmung des BGB zu behandeln.

Es gibt aber Fälle, in denen es zweifelhaft ist, ob die Beteiligten einen solchen Gefälligkeitsvertrag abgeschlossen haben oder abschließen wollten. Wenn ich nun jemanden bei Tisch bitte, mir eine Schüssel zu reichen[30]), oder im Theater jemanden ersuche, aufzustehen, damit ich an meinen Platz kommen kann, so mag es zweifelhaft sein, ob der andere einen Gefälligkeitsvertrag abschließen will, wenn er meiner Aufforderung nachkommt, ob er sich den Pflichten eines Beauftragten unterwerfen will. Zum Teil wird im Schrifttum behauptet, daß auch derartige Fälle als Gefälligkeitsverträge aufzufassen seien.[31]) Es ist aber zweifelhaft, ob in den Fällen dieser Art die Beteiligten beabsichtigt hatten, Gefälligkeitsverträge abzuschließen, ob sie überhaupt einen Rechtsfolgewillen hatten. Auf diesen wird es aber ankommen. Es ist daher zunächst festzuhalten, daß eine Gefälligkeit erwiesen werden kann, indem sich der Gefällige zu dieser Leistung im Rahmen eines schuldrechtlichen Gefälligkeitsvertrages verpflichtet. Auf der anderen Seite muß aber auch festgestellt werden, daß es Gefälligkeitsleistungen gibt, die man einem anderen erbringt oder zusagt, ohne sich aber zur Leistung verpflichten zu wollen und ohne dem anderen einen Erfüllungsanspruch geben zu wollen. Bei diesen letzteren Fällen würde dann ein Rechtsfolgewille fehlen und deshalb ein Gefälligkeitsvertrag nicht anzunehmen sein. Das bedarf der eingehenden Darstellung.

---

30) Kuhlenbeck, S. 712.
31) Wallrawen, S. 19; Krückmann in Seuff. Bl. Bd. 74 S. 114.

b) Die sonstigen schuldrechtlichen Verträge des BGB.

Eine Gefälligkeit kann auch in anderer Form eines schuldrechtlichen Vertrages erbracht werden, als in der Form eines reinen Gefälligkeitsvertrages nach dem Muster der Gefälligkeitsverträge des BGB. Auch diese zur ersten Gruppe der Gefälligkeitsleistungen gehörenden Fälle müssen noch kurz gestreift werden, bevor die hierzu im Gegensatz stehenden Gefälligkeitsverhältnisse umrissen werden können. Zunächst kann eine Gefälligkeitsleistung in der Form eines gemischten schuldrechtlichen Vertrages erwiesen werden, und zwar so, daß die Mischform sich aus den Merkmalen mehrerer Gefälligkeitsvertragstypen des BGB zusammensetzt. So läßt sich eine Mischform aus Auftrag und Verwahrung denken. Nach Krückmann[32]) „gibt es keinen Fall, der sich nicht mit Leihe, Auftrag oder Verwahrung oder einer Mischung hieraus erklären ließe". Solche Formen sind sicher möglich und werden vorkommen. Aber was für den reinen Gefälligkeitsvertrag gilt, muß auch für eine Mischform gelten: auch hier muß eine auf den Abschluß eines derartigen Vertrages gerichtete Willenserklärung nachzuweisen sein. Auch hier muß sich der Gefällige zu einer Leistung verpflichten, muß einen Rechtsfolgewillen haben.

Die Gefälligkeit kann schließlich noch auf eine dritte Art in die Form schuldrechtlicher Verträge gekleidet sein. Wenn z. B. eine Sektkellerei einen Kunden zur Probe eingeladen hat, so verfolgt sie damit einen geschäftlichen Zweck und sieht den Vorgang unter dem Gesichtswinkel des abzuschließenden Lieferungsvertrages. Wenn ein Reisender einen Kunden zu Bier und Zigarren einlädt, so ist das für ihn eine Geschäftsangelegenheit, und auch der Kunde wird dies als eine Begleiterscheinung des abzuschließenden Geschäftes auffassen. Wenn jemand im Kraftwagen, den er kaufen will, eine Probefahrt macht, oder das angebotene Pferd zur Probe reitet, den Jagdhund zur Prüfung der Witterung mit zur Jagd nimmt, so geschieht dies im Rahmen des abzuschließenden Vertrages. Das ist immer da anzunehmen, wo ein Teilnehmer ein rechtliches Interesse daran hat, so daß man einen, eine spätere Rechtshandlung vorbereitenden Vertrag annehmen muß.[33]) In diesem Fall liegt keine selbständige rechtliche Handlung vor, sondern es handelt sich um einen Teil des abzuschließenden Vertrages, auf den die Vertragsbestimmungen Anwendung finden müssen.[34]) Nach Martel[35]) haben diese Leistungen mit dem jeweiligen Typus des Hauptver-

32) Krückmann in Seuff. Bl. Bd. 74 S. 140.
33) RGZ. 65 S. 17.
34) Küsters, S. 1—2.
35) Martel, S. 5.

trages nichts zu tun, stellen aber zusammen mit diesem ein einheitliches Rechtsgeschäft dar und sind unselbständige Nebenleistungen, die in innerer Abhängigkeit zu dem Hauptvertrag stehen. Auch diese Art von Gefälligkeitsleistungen gehört in das Gebiet der schuldrechtlichen Verträge und damit zur ersten Gruppe der Gefälligkeitsleistungen. Hier spielt die Gefälligkeit sogar eine so untergeordnete Rolle, daß sie auf die Beurteilung des Vertragsverhältnisses gar keinen Einfluß hat. Aber auch das wird nur anzunehmen sein, wenn die Beteiligten ihre Willenserklärungen auf den Abschluß eines Vertrages gerichtet hatten.

3. Die Gefälligkeitsleistungen als Gefälligkeitsverhältnisse.

Damit ergibt sich der Unterschied zwischen den Gefälligkeitsverträgen des BGB und den aus Gefälligkeit abgeschlossenen sonstigen schuldrechtlichen Verträgen einerseits und den Gefälligkeitsverhältnissen andrerseits eigentlich schon von selbst. Wir haben festgestellt, daß man eine Gefälligkeitsleistung erbringen kann, indem man sie zum Gegenstand eines schuldrechtlichen Vertrages macht. Dieser schuldrechtliche Vertrag kann entweder ein reiner Gefälligkeitsvertrag nach dem Muster der Gefälligkeitsvertragstypen des BGB sein oder ein aus Gründen der Gefälligkeit abgeschlossener sonstiger schuldrechtlicher Vertrag. Ferner kann die Gefälligkeitsleistung auch nur als Nebenerscheinung im Rahmen eines auf ganz andere Leistungen gerichteten schuldrechtlichen Vertrages auftreten.[36]) Alle diese Fälle sind Gefälligkeitsverträge oder Verträge aus Gefälligkeit, die nach den für die schuldrechtlichen Verträge maßgebenden Bestimmungen des BGB zu beurteilen sind. Um derartige Verträge annehmen zu können, bedarf es aber der auf den Vertragsschluß gerichteten Willenserklärungen der Beteiligten, bedarf es insbesondere eines Rechtsfolgewillens.

Demgegenüber soll nachgewiesen werden, daß man auch Gefälligkeitsleistungen erbringen kann, o h n e einen solchen Rechtsfolgewillen zu haben. Nehmen wir einmal an, es wird eine Gefälligkeit zugesagt, ohne daß der Zusagende eine rechtliche Verpflichtung auf sich nehmen will, ohne daß er einen Rechtsfolgewillen hat. Dann würde, wie noch näher zu zeigen sein wird, ein schuldrechtlicher Vertrag nicht zustande gekommen sein. Das ist der Fall des Gefälligkeitsverhältnisses, das nicht als schuldrechtlicher Vertrag aufzufassen ist und damit den schuldrechtlichen Gefälligkeitsverträgen gegenübersteht.[37]) Gefällig-

36) RG. im „Rechts" 1921 Nr. 1313.

37) a. M.: Krückmann in Seuff. Bl. 74 S. 113; Wallrawen, S. 16; Gonnermann, S. 43 u. a.

keitsverhältnisse sind dann die Fälle der Gefälligkeitsleistungen, bei denen es zweifelhaft ist, ob sie als schuldrechtliche Verträge der oben beschriebenen Art aufzufassen sind.[38])

Die Art und Weise, wie sich Mitmenschen gegenseitig Gefälligkeitsleistungen erbringen, kann in derartig verschiedenen Formen vorkommen, daß man ohne weiteres einräumen muß, daß es viele Fälle gibt, in denen die Beteiligten bestimmt nicht an den Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages mit seinen Folgen gedacht haben.[39]) Wenn z. B. ein Bauer eine Frau auf ihre Bitte ein Stück des Weges im Schlitten mitnimmt[40]), oder wenn jemand einem Bekannten aus Freundlichkeit die Mitfahrt im Kraftwagen gestattet[41]), so ist der Zweifel berechtigt, ob das nun ein schuldrechtlicher Vertrag, etwa ein Dienstvertrag oder Auftrag oder gar ein Beförderungsvertrag ist. Am klarsten hat Kuhlenbeck den Zweifel zum Ausdruck gebracht, wenn er von Vorgängen spricht, die im Gegensatz zu den schuldrechtlichen Verträgen sich als rein tatsächliche Gefälligkeits- oder bloß gesellschaftliche Leistungen darstellen, die sozusagen unter der Schwelle des juristischen Bewußtseins bleiben.[42])

Das Gefälligkeitsverhältnis ist also ein Rechtsverhältnis, bei dem im Gegensatz zum schuldrechtlichen Gefälligkeitsvertrag der die Gefälligkeitsleistung zusagende oder erweisende Teil keine Leistungspflicht eingehen will, weil er keinen Rechtsfolgewillen hat. Dies nachzuweisen soll in den folgenden Ausführungen versucht werden. Wann der eine oder der andere Fall in der Praxis anzunehmen ist, wird sich aus der Anwendung des aufzustellenden Grundsatzes im Einzelfall ergeben. Auf die Abgrenzung zwischen Gefälligkeitsvertrag und Gefälligkeitsverhältnis wird an gegebener Stelle noch hinzuweisen sein.

III. Behandlung in Rechtsprechung und Schrifttum

Einem Urteil des Reichsgerichts vom 25. 10. 1906[43]) lag folgender Sachverhalt zugrunde. Der Beklagte hatte den Kläger eingeladen, in seinem Fuhrwerk mitzufahren. Unterwegs brach ein Rad des Wagens. Die Pferde wurden scheu und gingen durch. Der Wagen fiel um und der Kläger wurde verletzt. Der Kläger verlangte mit seiner Klage

38) Vgl. Kuhlenbeck, S. 701.
39) Cramer, S. 17.
40) RGZ. 67 S. 431.
41) RGZ. 65 S. 17.
42) Kuhlenbeck in JW. 1908 S. 701.
43) RG. in JW. 1906 S. 740.

Schadensersatz. Der Klage wurde aus dem Gesichtspunkt des § 276 BGB stattgegeben. In den Gründen wird ausgeführt, daß ein Verschulden des Beklagten schon in der Einladung gelegen habe, weil der Beklagte bei gehöriger Sorgfalt die schlechte Beschaffenheit seines Fahrzeuges und die sich daraus ergebende Unsicherheit habe erkennen müssen. Unter diesen Umständen sei die Einladung zur Mitfahrt eine nach § 276 BGB als Fahrlässigkeit zu vertretende Handlung. Damit hat das Reichsgericht eine Vertragshaftung angenommen, ohne allerdings das Vorliegen eines Vertrages einer Prüfung zu unterziehen.

Diesen Standpunkt, daß von den Vertragsbestimmungen auszugehen sei, hat das Reichsgericht dann aber bald verlassen. In einer Entscheidung vom 18. 3. 1907[44]) handelt es sich um den gleichen Sachverhalt. Hier lehnt das Reichsgericht einen Beförderungsvertrag ausdrücklich ab und spricht von einem Gefälligkeitsvertrag. Es handele sich um eine Einladung zur Mitnahme und deren Anahme. Bedingungen seien zwar nicht gesetzt, aber es handele sich um einen Vertrag, wenn auch um einen Vertrag aus Gefälligkeit.

Im Urteil vom 2. 1. 1908[45]) findet der Gesichtspunkt der Gefälligkeit stärkere Berücksichtigung. Auch hier war bei der Fahrt mit einem Pferdefuhrwerk ein Unfall eingetreten und der Gast verletzt worden. Das Reichsgericht führt aus, daß das Mitfahren des Klägers nicht auf Grund eines Vertrages erfolgt sei, sondern auf Grund einer Gefälligkeit. Damit werden obligatorischer Vertrag und Gefälligkeit als konträre Begriffe gegeneinander gesetzt.

In einer weiteren Entscheidung[46]) heißt es dann ganz klar: „Weiter aber ist in der bloßen Gestattung des Mitfahrens an sich überhaupt noch nicht der Abschluß eines obligatorischen Vertrages zu erblicken, sondern ein bloß tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung." Bei derartigen Gefälligkeitsverträgen hat das Reichsgericht dann in seinen späteren Entscheidungen[47]) an dieser Auffassung festgehalten.

Dieses gilt aber nicht nur für die Fälle der Gefälligkeitsfahrten, die allerdings fast allen Entscheidungen zugrunde liegen und auch im Schrifttum die größte Rolle spielen. Es liegen auch Entscheidungen vor, die einen anderen Fall von Gefälligkeiten zum Gegenstand haben. So handelt es sich in einer Entscheidung[48]) um folgende Gefälligkeits-

44) RGZ. 65 S. 313 ff.
45) RG. in JW. 1908 S. 108.
46) RGZ. 65 S. 17 ff.
47) RGZ. 67 S. 431; 141 S. 263; RG. im „Recht" 1921 Nr. 1313; RG. in JW. 1910 S. 234; RG. in JW. 1911 S. 28, S. 714; RG. in JW. 1914 S. 589; RG. in JW. 1932 S. 2025; RG. in JW. 1935 S. 1021; dgl. Müller, Automobilgesetz § 8 A I b 6; vgl. auch Rosenthal II S. 62.
48) RG. in „Recht" 1923 S. 132/33.

leistung: Eine Frau ließ ihren Reisekorb in eine Gastwirtschaft schaffen, nachdem sie mit dem ihr gut bekannten Gastwirt übereingekommen war, daß er ihn ihr über Nacht aufbewahren und am nächsten Morgen, da er ohnedies nach der Stadt fahren wollte, mit seinem Fuhrwerk zum dortigen Bahnhof mitnehmen sollte. Auch hier wurde nicht Auftrag oder Verwahrung angenommen, sondern eine dem juristischen Denken fernliegende Gefälligkeitsleistung.

In einem anderen Fall[49]) hatte ein Jagdbesitzer seine Freunde zu einer Treibjagd eingeladen. Das Oberlandesgericht hatte die Sorgfaltspflicht, die der Gastgeber als Jagdleiter seinen Gästen gegenüber übernahm, als Auftragsverhältnis definiert. Das Reichsgericht hat diesen Standpunkt abgelehnt und festgestellt, daß in derartigen Fällen niemals vom Abschluß eines Vertrages die Rede sein könne, sondern daß es sich immer nur um gesellschaftliche Veranstaltungen handele, die keinen rechtlichen Charakter trügen.

Um diese Entscheidungen ist im Schrifttum viel gestritten worden. Im Gegensatz zum Reichsgericht wurde vielfach angenommen, daß auch diese Gefälligkeitsleistungen Verträge sind und unter eine der Vertragstypen des BGB subsumiert werden müssen.

Die Rechtsprechung stellt somit auf ein rein tatsächliches Verhältnis ab. Dabei läßt das Reichsgericht die Vorschriften des Schuldrechts ganz außer Acht. Diese Ansicht wird auch z. T. im Schrifttum vertreten. So stellt Lehmann[50]) den Verträgen solche Vorgänge gegenüber, die rein dem Kreis des gesellschaftlichen Lebens und damit dem außerrechtlichen Gebiet angehören, und spricht von Gefälligkeitsverträgen, die keine Verpflichtung zur übernommenen Leistung erzeugen. Diese Formulierung kann schon im Wortlaut nicht befriedigen[51]), denn, wie noch zu zeigen sein wird, versteht die Rechtssprache unter Vertrag ein ganz bestimmtes Rechtsinstitut, das an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist. Wenn aber der Gefälligkeit im konkreten Fall die Vertragsnatur aberkannt wird, so ist es irreführend, von einem Gefälligkeitsvertrag zu sprechen.[52])

Der Kommentar der Reichsgerichtsräte scheidet vom Auftrag die gesellschaftlichen Gefälligkeiten des täglichen Lebens, die nicht in verpflichtender Absicht übernommen werden.[53]) Enneccerus-Lehmann[54])

---

49) RGZ. 128 S. 42.
50) Lehmann § 24 I S. 135.
51) dgl. Schröder, S. 53.
52) So auch Böckel im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft II S. 607.
53) RG. Komm. vor § 662 S. 354.
54) Enneccerus-Lehmann § 27, 6 S. 109.

sprechen von Erklärungen gesellschaftlicher Natur, die ohne Verpflichtungswillen abgegeben werden.

Kuhlenbeck[55]) nimmt an, daß es zweifellos zu weit führen würde, überall da, wo jemand einem anderen eine tatsächliche unentgeltliche Leistung erbringt, einen Auftrag im Sinne des BGB und dessen Rechtsfolgen zu konstruieren. Auch Danz[56]) nimmt im wesentlichen diesen Standpunkt ein und lehnt insbesondere Verwahrung und Leihe ab. Er konstruiert ein Raumprecarium. Es liege eine einfache Gefälligkeit des täglichen Lebens vor, bei welcher man überhaupt irgendeine Verpflichtung nicht übernehmen will, sich überhaupt dem Rechtszwang nicht unterwerfen will. Desgleichen leugnet die Vertragsnatur Oertmann.[57])

Staudinger[58]) erkennt eine Reihe von Fällen des täglichen Lebens an, in denen jemand einem anderen aus Gefälligkeit die vorübergehende Nutzung einer Sache überläßt, ohne daß dadurch die Rechtsfolgen der Leihe eintreten. In diesen Fällen soll der Begünstigte nur ein momentanes, sofort widerrufliches Detentionsverhältnis erhalten. Auch Warneyer[59]) erkennt solche Verhältnisse, deren Charakteristikum in der jederzeitigen Widerruflichkeit liege, an.

Im Gegensatz hierzu tritt Krückmann[60]) für einen Vertrag ein. So bei der Einladung zur Mitfahrt: „Hier muß man wirklich einen echten, richtigen Vertrag annehmen. Das läßt sich auch nicht dadurch vermeiden, daß dieser Vertrag als Gefälligkeitsvertrag bezeichnet wird. Dazu sind eben Auftrag und Leihe da, daß sie diese Gefälligkeitsverträge nicht ohne rechtliche Folgen lassen." Und an anderer Stelle[61]) heißt es: „Selbst Abwandelungen im Einzelfall zwingen uns nicht, gegen die offenbar wissenschaftliche Ökonomie (des Gesetzes) neue Vertragstypen einzuführen, denn wir kommen hier mit dem Begriff der gemischten Verträge vollkommen aus." Im Zweifelsfall nimmt Krückmann immer Leihe an. Auch in einem neueren Aufsatz[62]) hält Krückmann daran fest, daß grundsätzlich keine einzige Gefälligkeitsabrede der rechtlichen Normierung entzogen sei. Es sei schlechterdings keine einzige Möglichkeit eines Gefälligkeitsvertrages übersehen,

---

55) Kuhlenbeck in JW. 1908 S. 701.
56) Danz, Laienverstand und Rechtsprechung in Jher. J. Bd. 38 S. 479.
57) Oertmann, Vorbem. I a vor §§ 598 ff. S. 866; Vorbem. vor §§ 662 ff. 2 a β S. 1040.
58) Staudinger, Vorbem. vor § 598 S. 637; dgl. auch Warneyer, Komm. § 598, 1 S. 1083.
59) Warneyer I § 598 S. 533; vgl. auch Kohler § 43 VI S. 120.
60) Krückmann in Iher. J. Bd. 54 S. 111; dgl. Siber, Grundriß § 42 I 1 b S. 181.
61) Krückmann in Seuff.-Bl. Bd. 74 S. 114.
62) Krückmann in JW. 1932 S. 3688 ff.

sondern alles im BGB vorgesehen und auch ganz angemessen angeordnet. Es fehle nur noch vielfach an der angemessenen Behandlung in Theorie und Praxis.

Dem folgt auch Klein.[63]) Er bringt das Beispiel des Reisenden, der dem Mitreisenden verspricht, ihn auf einer bestimmten Station zu wecken. Aus diesem Gefälligkeitsvertrag, der eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung zum Gegenstand habe, ergäbe sich die schuldrechtliche Verpflichtung. Klein nimmt also Auftrag an.

Dgl. nimmt auch Geigel[64]) einen Vertrag an. Nach ihm unterscheiden sich Gefälligkeitsverträge von anderen Verträgen nur durch ihre Unentgeltlichkeit. Auftrag, Leihe usw. sollen genügen.

Wohl einen Vertrag, aber keinen der im Gesetz vorgesehenen Typen, sondern einen Vertrag sui generis nimmt von Blume[65]) an. Aus dem beiderseitigen Einverständnis folgert er den Vertragsschluß. Aber nicht um einen Vertrag handle es sich, durch den z. B. der Wagenbesitzer verpflichtet werde, dem anderen die Benutzung des Wagens zu gestatten, sondern um einen reinen Gefälligkeitsvertrag, d. h. einen Vertrag, durch den man eine Leistung auf sich nimmt, ohne sich dazu zu verpflichten. Er sieht das Kriterium der Gefälligkeit in dem Ausschluß der Widerrechtlichkeit der Benutzung.[66]) Die Bezeichnung „reiner Gefälligkeitsvertrag" ist an sich irreführend, denn reine Gefälligkeitsverträge kennt das Gesetz ja als Auftrag, Leihe usw. Tatsächlich verlangt von Blume einen Vertrag sui generis, der gerade des wichtigsten Merkmals des schuldrechtlichen Vertrages, nämlich der Verpflichtung zur Leistung entkleidet ist. Gleichzeitig macht von Blume noch eine Unterscheidung. So müssen „selbstverständlich diese Gefälligkeitsverträge von solchen Gefälligkeiten geschieden werden, die überhaupt außerhalb der Rechtssphäre bleiben, weil sie nicht bestimmt sind, irgendwelche Wirkungen auf Rechtsgüter auszuüben". Bei dieser Unterscheidung ist also auf die Rechtswirkung abgestellt. Nur wo sie beabsichtigt ist, soll der Vorgang innerhalb der Rechtssphäre liegen.

Ähnlich verfährt auch Böckel[67]), der einen vertragslosen Zustand ablehnt, da die Gefälligkeiten des täglichen Lebens eben darin beständen, daß ohne Rechtsgrund, insbesondere ohne Entgelt, eine Leistung übernommen wird. Die Gefälligkeit, die überhaupt keine Verpflichtung nach sich ziehe, sei wertlos. Wer einen Gefallen tue, müsse wissen,

63) Klein in Seuff.-Bl. Bd. 74 S. 26.

64) Geigel in Seuff. Bl. Bd. 77 S. 40—41.

65) von Blume im „Recht" 1908 S. 649; dgl. Leonhard, Schuldrecht § 31 S. 81; vgl. auch Jung Ziv. Arch. Bd. 117 S. 48.

66) Vgl. auch Dernburg II 2 S. 256 und Warneyer Komm. I § 598 Anm. I S. 1083.

67) Böckel, a. a. O. S. 609.

daß er sich zu einer Leistung verpflichte und damit sei der Gefälligkeitsvertrag im engsten Sinne eben ein echter Vertrag. Den im BGB vorgesehenen Vertragstypen will Böckel die Gefälligkeiten scheinbar nicht unterordnen: „Dem Fehlen der Entgeltlichkeit auf der einen Schale der Waage enspricht auf der anderen das Fehlen der sonst durch die Entgeltlichkeit abgegoltenen Bindungen und strengeren Haftungen." Damit nähert sich Böckel der Ansicht von Blumes, nimmt aber nicht einen Vertrag eigener Art oder einen gemischten Vertrag an, sondern mit Hoeniger[68]) eine Zwischenform.

Schröder[69]) lehnt im wesentlichen die Vertragsnatur ab, will aber möglichst viele Fälle den Vertragstypen einordnen. Schwankend und im allgemeinen wohl gegen den Vertrag spricht sich Klünder[70]) aus. Ebenfalls ablehnend argumentiert Gonnermann[71]), der darauf abstellt, ob die Gefälligkeit sofort vorgenommen wird, weil eine sofort vorgenommene Gefälligkeit keine Verpflichtung hervorrufe. Dgl. versagt er allen Vorgängen des geselligen Lebens das Rechtsschutzbedürfnis und verneint für diese Vorgänge die Vertragsnatur.

Für die Vertragsnatur spricht sich Wallrawen[72]) aus, der die Gefälligkeitsleistungen „unbenannte Verträge" nennt. Er nimmt schuldrechtliche Verträge an, die dem BGB-Vertrag zu unterwerfen seien. Im Besonderen Teil der Schuldverhältnisse seien eine Reihe von Vertragsrahmen angeführt, aber der Praxis sei es vorbehalten, die Vorschriften sinngemäß anzuwenden. Allerdings will Wallrawen nur den Allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse auf diese Verträge angewandt wissen, da keine Vorschrift des Besonderen Teils passe. Da nun diese Art von „Gefälligkeitsverträgen im engeren Sinne" — im Gegensatz zu den Gefälligkeitsverträgen des BGB wie Leihe usw. — im Gesetz nicht genannt sind, nennt Wallrawen sie „ungenannte Verträge". Damit nähert sich Wallrawen den Ansichten von Blumes[73]) und Böckels.[74]) Von diesen unbenannten Verträgen scheidet er mit von Blume auch diejenigen Fälle aus, die rein gesellschaftlicher Natur und nicht geeignet sind, das Vermögen des anderen zu berühren. Diese letzteren Fälle könne man nicht als Verträge ansprechen und müsse tatsächliche Verhältnisse annehmen, die vom Rechtsleben nicht erfaßt werden.

Auch diese Lösung kann schon deshalb nicht befriedigen, weil sie das Problem nicht erschöpft. Man soll das Gesetz nicht unnötig ver-

---

68) Hoeniger, S. 217, 335.
69) Schröder, S. 38.
70) Klünder, S. 26 ff.
71) Gonnermann, S. 21.
72) Wallrawen, S. 24.
73) von Blume im „Recht" 1908 S. 649.
74) Böckel, a. a. O. S. 609.

komplizieren, wenn das Ergebnis trotzdem noch unzureichend bleibt, wie nach dieser Theorie, die im Ergebnis nur die weitere Einschränkung des Fragenkomplexes erreicht, aber nicht dessen Bereinigung. Dann schafft die Konstruktion eines neuen Vertragstyps nur Unsicherheit, wo es doch darum geht, Klarheit zu schaffen.

So scheint neuerdings auch Krückmann[75]) Ausnahmen seiner Vertragstheorie zuzulassen. Er spricht von Gefälligkeits- und Geselligkeitsverträgen, deren alleiniger Inhalt eine Sorgfaltspflicht ist, und erkennt auch Vorgänge an, die dem Rechte ganz gleichgültig sind, während er früher[76]) die Ansicht vertrat, daß es keinen Fall gibt, der nicht mit Leihe, Verwahrung, Auftrag oder einer Mischform zu erklären sei. Deshalb räumt auch Krückmann ein, daß man mit Recht auf die sogenannten Geselligkeits- und Gefälligkeitsverträge nicht gerne den Ausdruck Vertrag anwende, woraus nun nicht zu folgern sei, daß man diese Vorgänge aus der rechtlichen Normierung ganz herausnehmen dürfe.

Auf dem Boden der Vertragstheorie steht auch Schumacher[77]), die sich allerdings ausschließlich mit dem Sonderfall der Gefälligkeitsfahrt im Kraftwagen beschäftigt und zu dem Ergebnis kommt, daß immer Auftrag anzunehmen ist.

Ebenfalls Anhänger der Vertragstheorie ist Cramer[78]), der allerdings im Zweifelsfall Verträge eigener Art annimt. Auch er vertritt den Standpunkt, daß der Abschnitt des BGB: Einzelne Schuldverhältnisse nur die Richtung angäbe, in der zu suchen ist. Der Gesetzgeber sei sich von vornherein bewußt gewesen, daß es ein Unding sei, alle Tatbestände, wie sie das Leben bringt, regeln zu wollen. Danach will Cramer so verfahren, daß er jeden Vorgang der Gefälligkeit den einzelnen im Gesetzbuch vorgesehenen Typen gegenüberstellt und versucht, ob er ohne Gewalt und Zwang in eine dieser Typen hineinpaßt. Wenn das nicht möglich ist, sollen Typen umgeändert werden, und wenn es zuviel umzuändern gibt, sollen neue Typen geschaffen werden. Erst soll analoge Anwendung versucht werden, dann nach Möglichkeit ein gemischter Vertrag angenommen werden, und wenn auch das nicht zum Ziel führt, sollen Verträge eigener Art gebildet werden.[79])

Daß man nach Möglichkeit versuchen soll, mit den im BGB vorgesehenen Vertragstypen auszukommen oder Mischformen anzuneh-

---

75) Krückmann in JW. 1932 S. 3689.
76) In Seuff.-Bl. Bd. 74 S. 114.
77) Schumacher, S. 12.
78) Cramer, S. 17/18.
79) Also übereinstimmend mit von Blume, Böckel und Wallrawen.

men, ist wohl nie bestritten worden. Streit besteht nur um die Rechtsnatur dessen, was dann übrig bleibt. Dafür nimmt Cramer den Vertrag sui generis an.

Sehr bestechend und dem eigentlichen Wesen der Gefälligkeiten sehr nahekommend ist die Ansicht Martels[80]), der einen neuen Weg beschreitet. Martel lehnt die Vertragsnatur der Gefälligkeiten zwar ab, steht dann aber vor der Frage, ob es sich um einen unjuristischen Vorgang handelt. Sehr richtig fühlt Martel, daß es sich bei Gefälligkeiten um mehr oder weniger deutliche Vertrauenskundgebungen handelt. Diesen Gedanken verfolgt er aber nicht folgerichtig weiter und kann sich nicht ganz von der Vertragstheorie freimachen, indem er als Ergebnis dieser Vertrauenskundgebungen ein vertragliches Schuldverhältnis konstruiert.[81]) Dieses Schuldverhältnis will Martel nach dem Rechtsgedanken der culpa in contrahendo behandelt wissen. Insbesondere zieht er die Vorschrift des § 122 BGB heran, wonach derjenige, der im Vertrauen auf eine Erklärung einen Schaden erlitten hat, den Ersatz dieses Schadens beanspruchen kann. Danach ist der Inhalt des angenommenen Schuldverhältnisses eine Gestattungs-, Erhaltungs- und Fürsorgepflicht.

IV. Die Rechtsnatur der Gefälligkeitsverhältnisse

1. Sind die Gefälligkeitsverhältnisse schuldrechtliche Verträge?

a) Die Vertragsvoraussetzungen.

Wie müßte die Gefälligkeitsleistung beschaffen sein, wenn man in ihr den Abschluß eines obligatorischen Vertrages erblicken soll?

Ein Vertrag ist die erklärte Willensübereinstimmung zweier sich gegenüberstehender Parteien über die Herbeiführung eines einheitlichen Rechtserfolges; er besteht aus inhaltlich verschiedenen, aber einander entsprechenden Willenserklärungen, die auf einen einheitlichen Erfolg übereinkommen müssen.[82]) Nach § 151 BGB kommt ein Vertrag durch die Annahme des Antrages zustande. Beides, der Antrag (oder Offerte) und die Annahme geschieht durch Willenserklärungen, die auch stillschweigend abgegeben werden können. Voraussetzung ist also die Abgabe von Willenserklärungen. Eine Willenserklärung ist die auf einen Rechtserfolg gerichtete private Willensäußerung[83]), deren

80) Martel, S. 36.

81) Übereinstimmend: Lehmann, der von der Sorgfaltspflicht spricht. Lehmann § 24 S. 135.

82) Lehmann § 33 I S. 223.

83) Enneccerus-Nipperdey, S. 438; dgl. auch Planck Vorbem. zum III. Abschn. I, 1 S. 222.

Wirkungen von der Rechtsordnung entsprechend diesem Erfolgswillen bestimmt werden.[84]) Das Gesetz spricht von Willenserklärungen schlechthin. Man muß jedoch unterscheiden zwischen solchen Willenserklärungen, die den Willen kundmachen sollen, und denjenigen, die ohne Kundgebungsabsicht den Willen in die Tat umsetzen, wie z. B. die Vernichtung des Eigentums.

Die Willenserklärung zerfällt in einen äußeren und einen inneren Tatbestand, in den Willen und in die Erklärung. Für den äußeren Tatbestand, die Erklärung, ist der Standpunkt eines unbefangenen Beobachters maßgebend.[85]) Das äußere Verhalten des Erklärenden muß nach der Verkehrssitte geeignet sein, einen unzweideutigen Schluß auf den Geschäftswillen zuzulassen, es muß einen feststellbaren Erklärungswert haben.[86]) Ein solches Verhalten ergibt sich aus dem gesprochenen oder geschriebenen Wort, Bewegungen wie Kopfnicken, u. U. auch aus dem Schweigen. Wird durch ein solches Verhalten dem Beobachter die Absicht der Willenserklärung kundgemacht, dann liegt eine Willenserklärung im eigentlichen Sinne vor, eine Erklärung mit Kundmachungszweck.[87]) Nötig ist dies nicht, denn auch die Wilsensbestätigung (Willensäußerung ohne Kundgebungszweck, wie z. B. die Annahme des Kaufangebotes durch Verbrauch der zugesandten Ware) erfüllt das Erfordernis des äußeren Tatbestandes.[88]) Man spricht dann von stillschweigenden Willenserklärungen oder konkludenter Handlung.

Ein Wanderer bittet den vorbeifahrenden Fuhrmann, daß er ihn bis zur nächsten Stadt mitnehmen möge. Der Fuhrmann sagt: Ja, oder nickt mit dem Kopf, oder macht eine einladende Handbewegung. Das ist kundgemachte Willensäußerung. Ein Freund besucht mich und ich nehme die Bücher vom Stuhl, der Freund setzt sich auf den freigemachten Stuhl. Der Gast nimmt eine Zigarette aus der Schachtel, die ich auf den Tisch gestellt habe. Das ist Willensbetätigung. Es mag außer Zweifel stehen, daß dem Erfordernis dieses äußeren Tatbestandes der Willenserklärung — sei es in ausdrücklicher oder stillschweigender Form — bei allen in Frage stehenden auf Gefälligkeitsleistungen gerichteten Erklärungen genügt ist. Es muß betont werden, daß es sich um einen objektiven, rein tatsächlichen Vorgang handelt, der auf die subjektiven Erfordernisse nicht abstellt.

Der innere Tatbestand erfordert zunächst den Handlungswillen als subjektives Gegenstück zu der objektiven Wahrnehmbarkeit der

84) Lehmann, S. 134.
85) Danz in Iher. J. Bd. 38 S. 381; Schröder, S. 22.
86) Enneccerus-Nipperdey, S. 470.
87) ders. a. a. O.
88) Lehmann § 24 IV S. 142.

Handlung oder Äußerung.[89]) Dieser Wille muß auf die Verwirklichung des äußeren Tatbestandes gerichtet sein. Wenn das gesprochene Wort das äußere Erkennungszeichen meiner Willenserklärung sein soll, so muß ich auch wissen und wollen, daß ich spreche. Wenn ich im Traum oder im Fieber spreche, so besteht keine Beziehung zwischen meinem Willen und dem gesprochenen Wort. Wenn ich die geöffnete Zigarettenschachtel auf den Tisch des Speisewagens lege, so ist daraus nicht zwingend zu schließen, daß ich meinem gegenüber sitzenden Bekannten daraus anbiete. Ein solcher Zusammenhang zwischen dem Handlungsbewußtsein und dem äußeren Merkmal, der Äußerung oder Handlung, ist unerläßlich.[90]) Wollte man das Gegenteil annehmen, so würden sich unübersehbare Folgen ergeben.

Als weiteres Merkmal des inneren Tatbestandes tritt das Erfordernis des Erklärungswillens oder Erklärungsbewußtseins hinzu. Der Handelnde muß das Bewußtsein haben, durch sein Verhalten eine rechtsgeschäftliche Mitteilung irgendwelchen Inhalts zu machen.[91]) Wenn der Wanderer dem Fuhrmann zuruft: Darf ich mitfahren? und dieser versteht: Gute Fahrt, und sagt: Ja, so hat er den Handlungswillen, etwas zu sagen, aber eine rechtsgeschäftliche Mitteilung wollte er nicht machen.

Aber auch der Erklärungswille genügt noch nicht zur Abgabe einer Willenserklärung. Ich kann eine Erklärung abgeben, die auf etwas Tatsächliches gerichtet ist, ohne an ein Rechtsgeschäft zu denken. Die Erklärung eines nur auf Tatsächliches gerichteten Willens nennt die Rechtssprache nicht Willenserklärung.[92]) Die Willenserklärung muß vielmehr ihrem Inhalt nach auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sein, so daß Willenserklärung gleich Geschäftswillenserklärung ist. Das Erfordernis des Erklärungswillens und des Geschäftswillens ist sehr umstritten und wird von vielen Schriftstellern abgelehnt.[93]) Es würde über den Rahmen dieser Arbeit gehen, wollte man diese Fragen, die die Grundfragen der ganzen Lehre von der Willenserklärung darstellen, im Einzelnen untersuchen. Deshalb sollen nur die verschiedenen Ansichten in ihrem Hauptgedanken kurz dargestellt werden.

Es werden im wesentlichen drei Theorien vertreten.[94])

---

89) So auch: Schröder, S. 23; scheinbar auch: Lucke, S. 36.
90) von Tuhr II 1 § 65, 1 S. 550.
91) Lehmann § 24 S. 140.
92) Enneccerus-Nipperdey, S. 439.
93) Cosack, S. 256; Danz, Auslegung S. 6. Näheres s. Enneccerus-Nipperdey, S. 442.
94) Vgl. die Zusammenstellung bei Lehmann § 24 S. 141.

Die Willenstheorie: geht davon aus, daß das nachgewiesene Fehlen des Geschäftswillens die Wirksamkeit der Erklärung grundsätzlich ausschließen muß.

Die Erklärungstheorie: will den Erklärenden um der Verkehrssitte willen grundsätzlich am äußeren Sinn der Erklärung festhalten, ihm also nicht die Berufung auf das Fehlen des Geschäfts- und Erklärungswillens gestatten. Sie nimmt einseitig die Bedürfnisse des dem Erklärenden Gegenüberstehenden in Schutz.

Die Vermittlungstheorien: wollen den Erklärenden wenigstens dann am äußeren Sinn seiner Erklärung festgehalten wissen, wenn ein schutzwürdiges Bedürfnis des Gegners das verlange.

Sehr treffend führt der Kommentar der Reichsgerichtsräte[95]) aus: „Erster Bestandteil der Willenserklärung ist der Wille. Geschäftswille ist er insofern, als er überhaupt eine Beeinflussung des Rechtslebens bezweckt, und Erfolgswille insofern, als er einen bestimmten Erfolg anstrebt. Wo der Wille nicht einen solchen Inhalt hat, kann von einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nicht die Rede sein, und ein Rechtsgeschäft kommt daher überhaupt nicht zustande, auch nicht einmal ein anfechtbares.“[96])

Dem ist auch zuzustimmen. Auch im Gesetz selbst herrscht die Willenstheorie, wenn sie auch durch die Berücksichtigung der Interessen des Gegners und der Verkehrssicherheit stark eingeschränkt ist.[97]) Für die Erklärungstheorie könnten die Vorschriften über die Anfechtung sprechen.[98]) Denn auch die irrtümlich abgegebene Willenserklärung — also der Fall, in dem Erklärungswille und tatsächlich Erklärtes gegeneinander stehen — ist vorläufig gültig, wenn auch anfechtbar (§ 119 BGB). Wenn nun aber die anfechtbare Willenserklärung angefochten wird, so wird sie so angesehen, als wenn sie von Anfang an nichtig gewesen wäre (§ 142 I BGB). Das spricht wieder für die Willenstheorie.[99]) Letzten Endes stellen gerade die Vorschriften über die Anfechtbarkeit auf den Willen ab, denn der mangelhafte Wille begründet die Anfechtbarkeit. Es ist allerdings zu bedenken, daß eine uneingeschränkte Anerkennung der Willenstheorie die Rechtssicherheit stark beeinträchtigen würde. Der Wille ist innerlich und nur durch seine Äußerung kontrollierbar. Die reine Willenstheorie würde in der Praxis zu einem Beweisproblem führen, das kaum lösbar wäre, auf jeden Fall nicht immer befriedigende Ergebnisse bringen würde. Deswegen nimmt das BGB, was die praktische Auswirkung anbelangt,

95) RG. Komm. I Vorbem. vor § 116 S. 148.
96) So auch RGZ. 68 S. 322; 79 S. 305.
97) Enneccerus-Nipperdey, S. 513.
98) Vgl. Schröder, S. 22.
99) Planck I Vorbem. vor § 116, 5 b S. 268.

auch eine vermittelnde Stellung ein und folgt weder der reinen Erklärungstheorie noch der reinen Willenstheorie. Das kommt schon in den Motiven[100]) zum Ausdruck: „Im allgemeinen ist festgehalten, daß der Erklärende zu seiner Erklärung stehen muß, soweit das Verkehrsinteresse dafür spricht und das Verhalten des Gegners ein solches ist, daß man sagen kann, es geschehe ihm nicht zuviel, wenn er beim Worte genommen werde." So kann festgestellt werden, daß das BGB den wirklichen Willen grundsätzlich als maßgebend anerkennt, soweit er in der Erklärung seinen irgendwie gearteten Ausdruck gefunden hat. Damit ist grundsätzlich die Willenstheorie anerkannt, wenn auch mit einigen Einschränkungen, die mehr auf die objektive Theorie abstellen.

Soll also ein Vertrag geschlossen werden, so ist zunächst das Vorliegen der beiden Willenserklärungen erforderlich. Die Willenserklärung bedarf der Erklärung, d. i. der Kundgebung des rechtsgeschäftlichen Willens nach außen in der Form, daß aus ihm der verfolgte Zweck erkannt werden kann.[101]) Diese Kundgebung erfordert das subjektive Moment des Handlungswillens oder Handlungsbewußtseins. Dazu ist erforderlich, daß der Erklärende mit der bewußten Handlung einen Erklärungswillen verbindet, daß er die Absicht hat, mit seinem Kopfnicken etwas zu erklären. Soll aber ein solches Erklären für das Rechtsgeschäft von Bedeutung sein, so muß es in der Absicht geschehen sein, rechtsgeschäftlich etwas zu bezwecken. Das ist aber der Geschäftswille, der somit erforderlich ist, damit eine rechtsgeschäftlich bedeutsame Willenserklärung überhaupt vorliegen kann. Rechtsgeschäfte können von mannigfacher Art sein. Je nach ihrer Art ist der Geschäftswille beschaffen. Soll ein Vertrag geschlossen werden, so muß sich der Geschäftswille auf den Abschluß und die Folgen des Vertrages beziehen. Ist es ein schuldrechtlicher Vertrag, so muß der Geschäftswille darauf gerichtet sein. Beim schuldrechtlichen Vertrag (Schuldverhältnis) verpflichtet sich der Schuldner gemäß § 241 BGB zu einer Leistung. Gibt also jemand eine Erklärung ab, durch die er eine Leistung auf sich nimmt, so ist von Bedeutung, ob der Verpflichtungswille erkennbar hervortritt.[102]) Die Verpflichtung ist gerade das Wesentliche an diesem Rechtsgeschäft, denn aus ihr resultieren die Rechte des Gläubigers. Auf sie muß sich der Handlungswille beziehen. Wenn vom Verpflichtungswillen die Rede ist, so ist damit der Geschäftswille gemeint. Soll eine Gefälligkeitsleistung ein Vertrag sein (ein Gefälligkeitsvertrag oder ein Vertrag aus Gefälligkeit), so müssen die Voraussetzungen nachgewiesen werden. Soergel[103]) hebt hervor,

100) Motive. I § 94 S. 191.
101) RG. Komm. I Vorbem. 6 vor § 116, S. 148.
102) Lehmann § 24 I S. 135.
103) Soergel, Vorbem. vor § 241, 2 S. 333.

daß auf dem Gebiete des gesellschaftlichen Verkehrs, der Freundschaft, der Liebe, der Religion in der Regel der Wille, eine Rechtspflicht zu begründen, fehlt. Der Wille sei aber zum Vertragsschlusse unbedingt erforderlich. Wie schon hervorgehoben, dürfte es an dem äußeren Tatbestand der Willenserklärung kaum fehlen, wenn eine Gefälligkeitsleistung erwiesen wird. Auch der Handlungswille wird meist vorliegen. Desgleichen wird in den meisten Fällen an dem Erklärungswillen nicht zu zweifeln sein. Trifft eine dieser Voraussetzungen nicht zu, dann liegt eben kein Vertrag vor. Zweifel werden sich aber ergeben, wenn man fragt, ob bei jeder Gefälligkeitsleistung der Verpflichtungswille (Geschäftswille) vorhanden ist. Hier gehen die Meinungen auseinander und bedürfen der Gegenüberstellung.

Von der Untersuchung der Vertragsvoraussetzungen muß noch eine große Gruppe von Gefälligkeiten ausscheiden, weil sie schlechthin nicht Verträge sein können. Nach § 105 BGB ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig, die des Minderjährigen, der älter als sieben Jahre ist, schwebend unwirksam (§§ 106, 108). Hiervon lassen sich nun wieder eine Reihe von Fällen ausgliedern, in denen es sich um die sogenannten lukrativen Geschäfte des § 107 BGB handelt. Das Wort rechtlicher Vorteil darf nicht eng ausgelegt werden. Auch die Leistung der Gefälligkeit fällt darunter. Der Zehnjährige könnte also einen unentgeltlichen Beförderungsvertrag schließen, wenn ihn der Kraftfahrer oder Fuhrmann in seinem Fahrzeug mitnimmt. Anders der Sechsjährige, der auf dem Heimweg von der Wanderung auf den Bauernwagen steigt, um mit in die Stadt genommen zu werden. Er kann keine Willenserklärung abgeben, kann auch keinen Gefälligkeitsvertrag abschließen. Kann somit die Gefälligkeitsleistung, die ein Geschäftsunfähiger gibt oder nimmt, niemals ein Gefälligkeitsvertrag sein, so ist dies auch oft beim Minderjährigen über sieben Jahre genau so. Denn er wird oft der Gefällige sein, und es läßt sich da sicher nicht von einem lukrativen Rechtsgeschäft reden. Nur ein solches kann er aber vornehmen. In jedem anderen Fall bedarf es der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters, die oft nicht zu erlangen sein wird und an die auch nicht gedacht wird. In diesen Fällen kann die Gefälligkeitsleistung kein Gefälligkeitsvertrag sein. Man kann deshalb an dieser Stelle schon feststellen, daß ein Minderjähriger eine solche Gefälligkeitsleistung meist nicht zusagen kann, die als ein schuldrechtlicher Vertrag, als ein Gefälligkeitsvertrag aufzufassen ist, weil er eine entsprechende Willenserklärung nicht abgeben kann. Soweit ein Minderjähriger beteiligt ist, könnten Haftungsmöglichkeiten nur aus unerlaubter Handlung gefunden werden und auch da nur im Rahmen des § 828 BGB. Im vorliegenden Schrifttum wird der Fall des Minderjährigen denn auch immer übergangen. Auf die Stellung des Minder-

jährigen wird bei der Definition der Gefälligkeitsverhältnisse noch einzugehen sein. Es sei aber an dieser Stelle schon gesagt, daß es bei der großen Zahl der Fälle, in denen Minderjährige bei Gefälligkeitsleistungen beteiligt sind, erstrebenswert erscheint, auch diese bei der Suche nach einer allgemeinen Lösung mit einzubeziehen. Zur weiteren Untersuchung stehen aber noch die Fälle, in denen Geschäftsfähige Gefälligkeitsleistungen zusagen, erbringen oder empfangen. Wie im folgenden Abschnitt zu zeigen sein wird, lassen sich aber auch diese Fälle sehr häufig nicht als schuldrechtliche Verträge darstellen.

b) Insbesondere: Der Rechtsfolgewille.

Nachdem festgestellt ist, daß die zum Abschluß eines Vertrages erforderliche Willenserklärung auch den Rechtsfolgewillen des Erklärenden umfassen muß, ist es ratsam, die in Frage stehenden Gefälligkeitsleistungen auf das Vorhandensein dieses Merkmals hin zu untersuchen.

Wenn Cramer[104]) ausführt, daß der Unterschied zwischen den reinen Gefälligkeitsverhältnissen und den Verträgen eben darin liegt, daß bei den ersteren keine Verpflichtungserklärung vorliegt, so ist dem zuzustimmen, weil nach dem oben gesagten ohne Verpflichtungserklärung kein Vertrag und mithin kein Gefälligkeitsvertrag denkbar ist. Der Wille, sich rechtlich zu verpflichten, ist identisch mit dem Willen, dem Partner ein Forderungsrecht einzuräumen.[105]) (Nicht zu verwechseln ist dies mit den Naturalobligationen. Sie sind schuldrechtliche Verträge. Wenn das Gesetz im § 762 bestimmt, daß eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, so ist damit nicht die grundsätzliche Verpflichtung geleugnet. Die Verpflichtung ist aber nicht klagbar, und die Wirksamkeit der „natürlichen" Verbindlichkeit erschöpft sich darin, daß das einmal Geleistete nicht zurückgefordert werden kann.)[106])

Wie ist es nun bei manchen Gefälligkeitsleistungen? Fehlt nicht nur der Geschäftswille, sondern auch jeder Gedanke an rechtliche Vorgänge, wenn mehrere Personen sich zum Tennis verabreden, wenn der Jagdbesitzer seine Freunde zur Jagd einlädt, wenn der Besucher den Mantel im Flur ablegt und dem Gast eine Erfrischung angeboten wird? Das wird zu oft übersehen oder nicht genügend gewürdigt. So läßt auch Krückmann[107]) offen, ob bei der Gefälligkeitsfahrt der Gefälligkeitsgeber die Pflicht übernommen hat, den Gefälligkeitsnehmer in seinem Fahrzeug zu einem bestimmten Ziel zu befördern. Wäre

104) Cramer, S. 5.
105) Schröder, S. 30.
106) RG. Komm. § 762 Anm. 3 S. 459.
107) Krückmann in Iher. J. Bd. 54 S. 111.

aber eine derartige Einladung zur Mitfahrt ein schuldrechtlicher Vertrag, so müßte auch die Leistungspflicht bestehen; wenn der Kraftwagenbesitzer zum Wochenende an den Rhein fahren will und den Freund hierzu eingeladen hat, so müßte er dies auch tun und könnte sich nicht in letzter Stunde dazu entschließen, anstatt an den Rhein in die Eifel zu fahren, ohne sich schadensersatzpflichtig zu machen. Dann nützt auch das Argument Krückmanns[108]) nichts, daß der Vertrag schon daran zu erkennen sei, daß der Wagenführer den Gast nicht ohne weiteres absetzen, nicht mitten im Regen auf die durchweichte Landstraße stoßen kann. Wenn er das nicht darf, so ist daraus noch keineswegs eine kontraktliche Schadensersatzklage zu folgern und das Mitfahren als Leihe des Sitzplatzes anzusehen. Der Schadensersatzanspruch begründet sich schon aus unerlaubter Handlung und sein Vorhandensein zwingt nicht zu dem Rückschluß, daß ein Vertrag vorliegt.

Als weiteres Argument führt Krückmann[109]) an, daß der Gast durch seine Mitfahrt keine verbotene Eigenmacht ausübt, sondern unmittelbarer Teilbesitzer des Wagens ist, weil er ihn besitzt. Deswegen ständen dem Besitzer auch keine Notwehrrechte zu. Und wenn das richtig ist, folgt dann, daß ein obligatorischer Vertrag vorliegt? Wenn ich jemandem Besitz einräume, so ist das wohl ein Vertrag, aber es ist ein sachenrechtlicher Vertrag, der nichts mit Schuldverhältnissen zu tun hat, wenn nicht noch ein besonderes Moment, nämlich der verpflichtende schuldrechtliche Vertrag hinzutritt.[110])

Von dem gleichen Gedanken läßt sich von Blume[111]) leiten, der die Erlaubnis, Gestattung oder Einwilligung zur Mitfahrt dahingehend auslegt, daß die Gefälligkeit zugunsten des Empfängers nur die Bestimmung habe, sein Handeln rechtmäßig zu machen und zugleich der Leistung des Gebers einen rechtlichen Grund zu geben, der die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausschließt. Das genügt aber noch nicht, um einen schuldrechtlichen Vertrag zu folgern, und deshalb sieht von Blume die Verpflichtung darin, daß derjenige, der jemandem aus Gefälligkeit gestattet, seinen Wagen zu benutzen, selbstverständlich zugleich verpflichtet sei, die erforderlichen Rücksichten auf seine Interessen zu nehmen. Eine derartige Rücksichtnahme kann natürlich Gegenstand der Leistungspflicht sein, können doch im Sinne der Vertragsfreiheit des BGB alle nur erdenklichen menschlichen Handlungen als Leistung geschuldet werden, ja sogar die Unterlas-

108) Krückmann, Iher. J. Bd. 54 S. 111.
109) Krückmann, das. S. 112.
110) Wolff § 38 S. 105.
111) von Blume im „Recht" 1908 S. 649.

sung eines Tuns kann als Leistung Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein.[112]) Eine solche Verpflichtung meint v. Blume aber nicht. Der Vertrag v. Blumes soll überhaupt kein Verpflichtungsvertrag im Sinne eines schuldrechtlichen Vertrages sein. Er soll ein Vertrag außerhalb des Schuldrechts sein, eine Art Treuevertrag, der aus seinem Wesen heraus den Beteiligten eine Schutzpflicht auferlegt, die unabhängig von einem schuldrechtlichen Vertrag besteht. Hierauf soll noch weiter unten eingegangen werden. Jedenfalls ist aber auch aus der Argumentation v. Blumes kein Rechtsfolgewille herzuleiten, der die Definition einer jeden Gefälligkeitsleistung als schuldrechtlichen Vertrag rechtfertigt. Der Vertrag v. Blumes verlangt keine auf Leistungspflicht gerichtete Willenserklärung und unterscheidet sich darin von dem Vertrage Krückmanns, der ein schuldrechtlicher Vertrag ist. Beide Verträge haben aber gemeinsam, daß sie die Widerrechtlichkeit der Benutzung der hingegebenen Sache ausschließen. Aus dieser Ausschließung der Widerrechtlichkeit folgert Krückmann eine Duldungspflicht, die dem Gefälligen verbietet, dem Gefälligkeitsnehmer den Gebrauch der Sache zu entziehen.[113]) Und daraus soll dann wieder die schuldrechtliche Vertragsnatur auch des Gefälligkeitsverhältnisses folgen. Das kann nur so verstanden werden, daß Krückmann aus den äußeren Umständen und dem Gebot der billigen Lösung einen Rechtsfolgewillen als vorhanden unterstellt.

Es ist doch nicht befriedigend, aus diesen Tatsachen einen Vertrag zu konstruieren, ohne die Frage der Verpflichtung zu prüfen. Das Ergebnis beruht auf der Wahl der Ausgangsstellung. Krückmann[114]) beginnt seine Betrachtung mit der Feststellung, daß Gefälligkeiten in folgender Weise erwiesen werden können:

1. durch Zuwendung von Vermögen zu Eigentum (Schenkung),
2. durch Zuwendung von Sachen zu vorübergehendem Gebrauch (Leihe),
3. durch Erbringen von Diensten, einem Tun oder Unterlassen (Auftrag),
4. durch Hingabe von Sachen ohne Benutzungszweck (Verwahrung).

„Eine fünfte Kategorie ist nicht denkbar. Daraus folgt zunächst, daß alle Möglichkeiten der Gefälligkeitsverträge im BGB ausdrücklich geregelt sind, und daß an sich kein Bedürfnis nach neuen Kategorien besteht.“[115]) So betrachtet, erscheint Krückmanns Argumentation auf

---

112) Lehmann: Unterlassungspflicht, S. 90.
113) Krückmann: in Seuff. Bl. Bd. 74 S. 114.
114) Krückmann in Seuff. Bl. Bd. 74 S. 114.
115) Schumacher (S. 12–13) nimmt für den Fall der Gefälligkeitsfahrt im Kraftwagen immer Auftrag an.

den ersten Blick sehr treffend. Aber darin gerade liegt der Fehlschluß. Mit der Deduktion ist hier nicht auszukommen.[116]) Ich kann nicht von einem Vorgang, der äußerlich betrachtet wie ein Vertrag aussieht, sagen, daß es ein Vertrag ist, sondern ich muß vielmehr erst prüfen, ob die Erfordernisse des Vertrages überhaupt vorliegen, bevor nach dem Typus im Besonderen Teil zu suchen ist. Deshalb muß die Beweisführung Krückmanns abgelehnt werden. Für die Frage der Vertragsnatur aller Gefälligkeitsleistungen ist damit noch nichts bewiesen. Am Anfang der Untersuchung muß also die Frage nach dem Vertragswillen stehen.

In dieser Richtung argumentiert Böckel[117]), der allerdings ebenfalls von dem Gedanken ausgeht, daß die Annahme eines vertragslosen Zustandes nicht befriedige. Daraus, daß jemand einem anderen einen Gefallen tut, folgert er, daß er sich auch gleichzeitig zu einem bestimmten Handeln, Tun oder Unterlassen verpflichte. Liegt aber denn im Versprechen eine Verpflichtung? Wenn ich dem schüchternen Freund verspreche, mit ihm am Sonntag zu einem Tanzvergnügen zu gehen, bin ich dann dazu auch verpflichtet? Muß ich gehen und den unerwartet gekommenen Gast abweisen? Ist es richtig, daß derjenige, der etwas verspricht, damit eine Verpflichtung eingeht, nur weil man nichts versprechen soll, was man nicht halten will? Aus diesem Satz folgert Geigel[118]) den Verpflichtungswillen, wenn er sagt, daß mit dem Gefälligkeitsversprechen dem anderen Teil das Recht zum Fordern eingeräumt wird. Auch Geigel steht vor dem Entweder-Oder, wenn er sagt, daß erst mit der Verpflichtung der formgerechte Vertrag vorliegt, widrigenfalls es sich nur um einen tatsächlichen Vorgang ohne rechtliche Bedeutung handle. Bei der Untersuchung, ob ein Vertrag vorliegt, darf aber die Möglichkeit, daß andererseits ein rechtloser Zustand herrschen könnte, keinen Einfluß ausüben! Im Augenblick haben wir es nur mit den Vertragsvoraussetzungen zu tun. Diese können aber durch Geigels Satz: „Wer sich nicht verpflichten will, darf auch nichts versprechen", nicht als erwiesen angesehen werden.

Ähnlich sprechen sich auch Klein[119]), allerdings ohne eingehende Begründung, und Leonhard[120]) für den Verpflichtungswillen aus. Leonhard will zwar die Bezeichnung „Gefälligkeitsverträge" durch „Gestattungsverträge" ersetzen, aber er verteidigt die schuldrechtliche Vertragsnatur. Die Leistung liege in einem Gestatten, z. B. im Wagen mitzufahren oder den Mantel abzulegen. Diese Gestattung enthalte

116) So auch Cramer, S. 4; Martel, S. 21; Lehmann, S. 135 u. a.
117) Böckel, a. a. O. S. 609.
118) Geigel in Seuff. Bl. Bd. 77 S. 40.
119) Klein in Seuff. Bl. Bd. 74 S. 26.
120) Leonhard, Allgem. Schuldrecht II 1 § 31 S. 81.

die Verpflichung, dem anderen den Gebrauch (des Wagens oder Kleiderhakens) für die Zukunft zu gestatten. Auch Leonhard bringt das Beispiel des Fuhrmannes, der seinen Fahrgast plötzlich im strömenden Regen auf die Straße setzt. Er müßte aus § 276 BGB haften. Gewiß darf der Fuhrmann das nicht, aber das Gesetz gibt uns andere Möglichkeiten der Erklärung, weshalb er es nicht darf.[121]) Über das Vorliegen eines Rechtsfolgewillens ist damit noch nichts gesagt. Der Beweis der Vertragsnatur jeder Gefälligkeitsleistung ist damit nicht erbracht.

Er ist aber auch nicht zu erbringen, denn der Gefälligkeitsgeber denkt gar nicht an die Verpflichtung. Er will einen Gefallen tun und weiter nichts.[122]) Dem folgt auch Enneccerus[123]), indem er warnt, daß man sich hüten solle, in jeder aus Gefälligkeit erfolgten Gestattung oder Zusage, auch wenn sie von der anderen Seite angenommen wird, ohne weiteres einen obligatorischen Vertrag zu finden. Oft handelt es sich vielmehr um Erklärungen gesellschaftlicher Natur, die ohne Verpflichtungswillen abgegeben werden. Es sind gesellschaftliche Gestattungen und Zusagen, welche die gestatteten Handlungen nicht zu widerrechtlichen, sondern gerechtfertigten machen und den Leistungen einen Rechtsgrund geben sollen, der den Bereicherungsanspruch ausschließt, die aber keine Verpflichtung zu der übernommenen Leistung erzeugen.

Damit erkennt Enneccerus mit Recht mit Krückmann und von Blume an, daß der Gefälligkeitsnehmer nicht widerrechtlich handelt, wenn er die Gefälligkeit annimmt.[124]) Doch ganz folgerecht zieht er daraus nicht den Schluß auf den Verpflichtungswillen, weil er eben nicht damit bewiesen werden kann.

Diese Einwendungen will Krückmann[125]) ausräumen, indem er den Schwerpunkt in die Leistungsklage verlegt. Er erkennt an, daß es auch unbillig sei, den Gefälligkeitsgeber durch eine Leistungsklage zu seiner Gefälligkeit zu zwingen. Grundsätzlich bestehe mit der Verpflichtung zur Leistung das Forderungsrecht des Kontrahenten und damit die Möglichkeit einer Leistungsklage. Diese Möglichkeit der Leistungsklage dürfe aber nicht dazu führen, den Rechtsfolgewillen zu verneinen. Denn „der Gefälligkeitsschuldner bedarf keiner größeren Schutzmittel. Tatsächlich bedeuten Widerruf bei der Verwahrung und Kündigung beim Auftrag, daß dem Gefälligkeitsgläubiger eine Er-

---

121) Vgl. 2. Abschnitt.
122) RGZ. 65 S. 17.
123) Enneccerus Lehmann § 27, 6 S. 109.
124) So auch Martel, S. 27.
125) Krückmann in Seuff. Bl. Bd. 74 S. 113 ff., 153 ff.; in Iher. J. Bd. 52 S. 428 ff. und S. 460 ff.

füllungsklage so gut wie niemals zusteht".[126]) Wollte man dem Gefälligkeitsschuldner mehr Schutz geben, so würde man ungerecht gegen den Gefälligkeitsgläubiger werden. Es wäre ungerecht, wollte man seinem berechtigten Vertrauen darauf, der Gegner werde Wort halten, den Schutz versagen. Damit sei ein schutzwürdiges Interesse des Gefälligkeitsgläubigers gegeben, das den Vertrag rechtfertige. Der Grundgedanke ist demnach nicht die Erzwingbarkeit der Erfüllung, sondern der Schutz vor der Täuschung durch Wortbruch. Deshalb bestehe grundsätzlich der Erfüllungsanspruch. Zur Frage der Klagbarkeit habe das BGB schon in allem vorgesorgt, indem es dem Schuldner Verweigerungs-, Kündigungs- und Rückforderungsrecht gibt. Man brauche sich nur die §§ 519, 604 II, III, 605, 609, 610, 696 anzusehen, um zu erkennen, wieweit das BGB dem Bedürfnis, eine Erfüllungsklage auszuschließen, Rechnung getragen habe. Es sei nicht nötig, die Erfüllungsklage, oder vielmehr die Erfüllungseinrede ganz auszuschließen, es genüge, eine Ersatzklage anzuordnen.[127 128])

Dem folgt auch Geigel[129]), der die Leistungsklage durch ein weitgehendes Kündigungsrecht des Gefälligkeitsschuldners ausscheiden will. Dieses Kündigungsrecht soll analog §§ 605, 671 BGB nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ausgestaltet werden.[130]) Ein solches Ergebnis kann nicht befriedigen. Der Gefällige soll also in lästige Fesseln geschlagen werden, und das gerade will er vermeiden, zumindest eine derartige Erklärung nicht abgeben. Und was wäre damit auch gewonnen? Die auf diesem Wege konstruierte Verpflichtung wird damit wieder ausgeschaltet, was soll sie und was soll ein schuldrechtlicher Vertrag, dem das wichtigste Merkmal, die Verpflichtung zur Leistung und deren Klarbarkeit künstlich fortkonstruiert wird?

Wollte man dieser Ansicht folgen, so wäre der Kernpunkt des Problems auf das Gebiet von Treu und Glauben verschoben. Denn das Kündigungs-, Verweigerungs- oder Rückforderungsrecht soll nach Treu und Glauben ausgestattet werden. Das hieße nun wieder dem Richter eine große Verantwortung zuschieben und ihm in jedem konkreten Fall die endgültige Lösung des Problems übertragen. Wenn ein Freund den andern zum Abendessen einlädt und überlegt es sich später anders, weil er ins Theater gehen will, oder er vergißt es

---

126) In Seuff.-Bl. Bd. 74 S. 118.

127) Krückmann in JW. 1932 S. 3688; vgl. auch Buske S. 60.

128) Martel, Ann. 81 sieht in dem zuletzt gesagten eine Abweichung Krückmanns von seinen früheren (Seuff. Bl. Bd. 74 S. 113 ff. u. Iher. J. Bd. 52 S. 428 ff.) Ansichten. Das kann nicht festgestellt werden.

129) Geigel in Seuff. Bl. Bd. 77 S. 42.

130) Dgl. Böckel im Handw. Buch d. Rechtsw. II S. 609.

ganz, weil er so vergeßlich ist, hat er dann widerrufen oder gekündigt? Und wenn er dem Freund vorher aus Launenhaftigkeit absagte, ist das dann mit Treu und Glauben vereinbar? Das ist es gewiß nicht. Dann hat also der Freund einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gegen mich, wenn er — da er kein Geld mehr hatte — hungern mußte und infolgedessen an seiner Gesundheit Schaden litt. Der zum Schadensersatz Verurteilte würde ein solches Urteil nicht verstehen. Und mit Recht nicht. War ich denn verpflichtet? würde er erstaunt fragen. Diese Verpflichtung ist nicht damit bewiesen, daß man sie nachträglich konstruktiv wieder fortschafft. Es liegt weder eine tatsächliche noch eine fixierte Verpflichtung vor, denn es fehlt am Rechtsfolgewillen. Aber nur wo ein Rechtsfolgewille nachzuweisen ist — das sei immer wieder betont — kann von einem schuldrechtlichen Vertrag gesprochen werden. An diesem Grundsatz festhaltend, muß man aber feststellen, daß die Anhänger der Vertragstheorie den Rechtsfolgewillen nicht überzeugend nachgewiesen haben. Er ergibt sich nicht aus der Tatsache, daß der Gefälligkeitsnehmer nicht widerrechtlich die Gefälligkeit hinnimmt, so daß der Gefälligkeitsgeber keine Notwehr ausüben darf. Er ergibt sich aber auch nicht aus den Rückforderungs-, Kündigungs- und Widerrufsrechten. Man kann ihn nicht da suchen, wo er nicht vorhanden ist, und bei allen Gefälligkeitsleistungen ist er nicht vorhanden. Nun scheint aber noch eine andere Schwierigkeit aufzutreten. Mit Recht wird darauf hingewiesen[131]), daß es im Einzelfalle nicht leicht ist, die eigentlichen Verträge, d. h. den rechtlichen Rechtsfolgewillen von den rein tatsächlichen Gefälligkeits- und Gesellschaftsleistungen zu unterscheiden. Aus dem Gegenstand der Leistung kann er nicht gefolgert werden, denn jede denkbare Handlung kann — sofern sie nicht gegen die guten Sitten verstößt — Gegenstand sowohl eines schuldrechtlichen Vertrages als eines Gefälligkeitsverhältnisses sein. Einfach ist es, wenn auch der Gefälligkeitsnehmer nicht an sein angebliches Forderungsrecht denkt und die Gefälligkeitsleistung als nicht verpflichtend auffaßt. Dann wird es zu keiner Klage kommen, denn wer kein Recht zu haben glaubt, wird auch kein Recht suchen. Aber wenn er darauf besteht und die Frage aufwirft, ob ihm nicht mit der Einladung zum Essen ein Recht gegeben sei, die Gewährung der Mahlzeit einzuklagen, oder wenn er wissen will, ob der durch Pilzvergiftung entstandene Körperschaden aus § 276 BGB geltend zu machen ist, dann muß der Richter die Einladung auf den Rechtsfolgewillen hin untersuchen. Soll sie eine Willenserklärung sein, so ist sie auszulegen. Bei der Auslegung der Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Wort-

131) Kuhlenbeck in JW. 1908 S. 701.

lautes zu haften. Dieser Grundsatz gilt unangefochten.[132]) Nicht nur im Falle des § 133 BGB bei der Prüfung der Willenserklärung auf ihre rechtlichen Folgen, sondern er gilt auch bei der Prüfung der Erklärung auf ihre Eigenschaft als Willenserklärung überhaupt. Soll also der wirkliche Wille erforscht werden, so ist die Erklärung selbst Objekt der Auslegung, denn nicht der Wille soll ausgelegt werden, sondern aus der Erklärung soll auf den Willen geschlossen werden.[133]) Der Wille, der in der Erklärung nicht zum Ausdruck gelangt ist, kann deshalb bei der Auslegung auch nicht berücksichtigt werden. In den einzelnen Menschen kann man nicht hineinsehen und muß sich deshalb an sein Wort halten, um auf den Willen rückschließen zu können. In die Willenserklärung darf durch Auslegung nichts hineingetragen werden, was in keiner Weise ausgedrückt ist.[134]) Es kommt also nicht darauf an, was der Erklärende hat sagen wollen, sondern es muß ein objektiver Maßstab angelegt werden.[135]) So gibt auch § 119 BGB eine Anfechtungsmöglichkeit, wenn der Erklärende eine Erklärung dieses Inhalts nicht hat abgeben wollen. Das wäre nicht erforderlich, wenn es nur auf die subjektiven Merkmale ankäme. Darauf stellt auch § 133 nicht ab, denn der Wille soll nur erforscht werden.[136]) Wenn ich nun den Freund frage, ob er am Abend mit mir ein Glas Bier trinken will, und er eine Einladung annimmt, oder wenn ich ihn ausdrücklich einlade, dann aber feststellen muß, daß ich kein Geld habe, wie soll dann daraus der Verpflichtungswille bewiesen werden? Unterstellen wir einen Schaden, so würde der Freund, der diesen Schaden in der Klage geltend machen will, meinen Rechtsfolgewillen behaupten müssen. Dann trifft ihn nach den Grundsätzen des Verfahrensrechts aber die Beweislast. Den Rechtsfolgewillen wird man aber meistens nicht beweisen können, weil er in der Erklärung nicht zu erblicken ist, bei der Auslegung aber nur berücksichtigt wird, wenn er dort irgendwie, wenn auch nur unvollkommen, seinen Ausdruck gefunden hat.[137]) Dann kann aber kein Rechtsfolgewille angenommen werden, und ohne diesen gibt es keinen schuldrechtlichen Vertrag.

Damit ist nachgewiesen, daß es eine Reihe von Gefälligkeitsleistungen gibt, die nicht schuldrechtliche Verträge sind, weil bei den Beteiligten häufig der Rechtsfolgewille fehlt. Aber nur, wo ein Rechtsfolgewille vorhanden ist, kann ein schuldrechtlicher Vertrag angenommen werden. Nur die Verpflichtung zur Leistung rechtfertigt die Annahme

---

132) Planck I § 133 Anm. 3 S. 346.
133) Schröder S. 33; vgl. auch Müller § 8 A. I b 6 S. 305.
134) OLG. 21 S. 319 ff.
135) Danz in Iher. J. Bd. 46 S. 381.
136) Schröder, S. 33.
137) RGZ. 68 S. 128; RGZ. 90 S. 368.

eines Gefälligkeitsvertrages. Soweit diese Leistungsverpflichtung fehlt, kann die Gefälligkeitsleistung nicht als schuldrechtlicher Vertrag und damit nicht als Gefälligkeitsvertrag aufgefaßt werden.[138]) Damit ist — zunächst von der negativen Seite — auch der Unterschied zwischen den Gefälligkeitsverträgen und den Gefälligkeitsleistungen nachgewiesen. Die ersten sind schuldrechtliche Verträge, die letzteren sind es wegen des fehlenden Rechtsfolgewillens nicht. Deshalb sind die Ansichten abzulehnen, die alle Gefälligkeitsleistungen als schuldrechtliche Verträge auffassen und das Vorhandensein der nach anderen Gesichtspunkten zu beurteilenden Gefälligkeitsverhältnisse ablehnen.[139])

Nach dieser Feststellung ergibt sich die Frage nach der Rechtsnatur derjenigen Gefälligkeitsleistungen, die wegen der fehlenden Leistungspflicht keine schuldrechtlichen Gefälligkeitsverträge sind, sondern als Gefälligkeitsverhältnisse, die weder Leistungspflicht noch Leistungsanpruch erzeugen, aufgefaßt werden müssen.

c) Abgrenzung gegenüber einem schuldrechtlichen Vertrage.

Wir haben festgestellt, daß Gefälligkeitsleistungen in der Form schuldrechtlicher Gefälligkeitsverträge erwiesen werden können, daß aber der Teil der Gefälligkeitsleistungen, den wir als Gefälligkeitsverhältnisse bezeichnen, nicht in diesen Rahmen fällt. Die Abgrenzung zwischen Gefälligkeitsverträgen und Gefälligkeitsverhältnissen macht dann keine Schwierigkeiten mehr. Ein Gefälligkeitsvertrag ist immer dann anzunehmen, wenn sich nachweisen läßt, daß von den Beteiligten Willenserklärungen abgegeben sind, die auf den Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages gerichtet waren. Es wird immer zu prüfen sein, ob ein Rechtsfolgewille vorhanden war. Das wird immer da anzunehmen sein, wo der Gefällige die von ihm zugesagte Leistung als eine Leistungsverpflichtung schulden wollte. Soweit aber ein Rechtsfolgewille nicht vorhanden ist, liegt kein Gefälligkeitsvertrag vor. Dann handelt es sich um ein Gefälligkeitsverhältnis. Wenn diese Prüfung im Einzelfall angestellt wird, wird die Bestimmung des einzelnen Tatbestandes keine Schwierigkeiten machen. Der fehlende oder vorhandene Rechtsfolgewille ist also das entscheidende Merkmal, ob ein Gefälligkeitsvertrag oder ein Gefälligkeitsverhältnis anzunehmen ist. Ob und wann nun ein Gefälligkeitsvertrag unter einen bestimmten Typ des BGB paßt und wann eine Mischform angenommen werden muß, ist nur für die Auslegung des Gefälligkeitsvertrages von Bedeutung und in diesem Zusammenhang nicht zu untersuchen. Die Unterschei-

138) So: Lehmann, Enneccerus-Lehmann, Martel, Kuhlenbeck, Danz u. a.
139) Dgl. Gonnermann, S. 20.

dung zwischen Gefälligkeitsvertrag und Gefälligkeitsverhältnis liegt allein im Fehlen oder Vorhandensein des Rechtsfolgewillens. Jedenfalls ist das Gefälligkeitsverhältnis nicht als ein schuldrechtlicher Vertrag zu behandeln, sondern muß einer Lösung aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten zugeführt werden.

2. Sind Gefälligkeitsverhältnisse Verträge außerhalb des Schuldrechts?

Nachdem wir sahen, daß der Mangel des Rechtsfolgewillens die Annahme einer auf einen schuldrechtlichen Vertrag hinzielenden Willenserklärung verbietet, muß die Frage auftauchen, ob denn damit ein Vertrag ganz von der Hand zu weisen ist. Wenn zwei Menschen eine Abrede ohne Rechtsfolgewillen treffen, so haben wir gesehen, daß sie damit keine rechtlichen Willenserklärungen abgeben. Aber übereinstimmende Erklärungen geben sie doch ab. Wenn der in die Fremde ziehende Sohn der Mutter verspricht, häufig zu schreiben, der Patient dem Arzt, nicht mehr zu rauchen, so fehlt ein Rechtsfolgewille.[140]) Aber damit ist das Versprechen noch nicht Schall und Rauch. Es enthält zwar keinen rechtlichen Verpflichtungswillen, aber es enthält doch eine moralische Bindung. Sollte das Gefälligkeitsverhältnis etwas derartiges, ein Vertrag außerhalb des Schuldrechts sein?

Dann wäre ein solcher Vertrag, der als eine Art außerschuldrechtlicher Treuvertrag aufzufassen ist, dessen Inhalt es ist, einerseits die Rechtswidrigkeit gewisser Handlungen des Gefälligkeitsnehmers auszuschließen und andrerseits den Beteiligten gewisse Schutzverpflichtungen aufzuerlegen, ein Vertrag nach dem Muster des Vertrages sui generis v. Blumes.[141]) Wenn man einen solchen Vertrag konstruiert, der außerhalb des Schuldrechts stehen würde und auf den die Bestimmungen des Schuldrechts subsidiär angewandt würden, soweit es sich um Schaden oder Nichterfüllung handelt, dann brauchte man nicht die fixierte Verpflichtung durch Abschwächung zu entkräften, sondern man würde einfach — im Gegensatz zur schuldrechtlichen — von der moralischen Pflicht ausgehen und die Anwendung der Bestimmungen über die Vertragshaftung nur soweit gestatten, als es den Erfordernissen des täglichen Lebens entspricht.[142]) Das scheint auch Lehmann[143]) vorzuschweben, wenn er daran zweifelt, ob die Verneinung einer Verpflichtung zur übernommenen Leistung es ausschließe, dem Erklärenden auf Grund seiner Gestattung, Einladung oder Zusage eine

---

140) Schröder, S. 16.
141) v. Blume im „Recht" 1908 S. 649.
142) Ähnlich auch Wallrawen, S. 25, der aber doch wieder auf einen schuldrechtlichen Vertrag zurückkommt.
143) Lehmann § 24, I, S. 135.

gesetzliche, vertragsähnliche Fürsorgepflicht, namentlich eine Erhaltungspflicht zugunsten dessen aufzuerlegen, der im Vertrauen auf die Einladung usw. seine Rechtsgüterwelt dem Erklärenden anvertraut. Gangbar erscheint dieser Weg, denn wenn ich einen Vertrag konstruiere, der die Anwendung der Bestimmungen des Schuldrechts nicht verträgt, dann darf ich auch sagen, es ist ein Vertrag, der außerhalb des Schuldrechts steht.

Durch einen solchen Vertrag würde dann nicht eine Leistungsverpflichtung, sondern ein Vertrauensverhältnis geschaffen. Es ist auch sicher richtig, das Gefälligkeitsverhältnis als ein Vertrauensverhältnis aufzufassen und daraus gewisse Treupflichten abzuleiten. Ein derartiger Weg wird möglich sein. Aber es tauchen doch auch Zweifel auf, ob es zweckmäßig ist, nur deshalb einen solchen Vertrag zu konstruieren, um auf diesem Wege die Anwendbarkeit des § 276 BGB zu ermöglichen, also in gewisser Hinsicht die Wirkungen des abgelehnten schuldrechtlichen Vertrages zu erzielen. Denn das würde doch für die Praxis das Ergebnis einer solchen Konstruktion sein. Deshalb soll dieser Weg nicht weiter verfolgt werden, denn wie noch zu zeigen sein wird, läßt sich ein derartiges Ergebnis auch ohne die Konstruktion eines außerschuldrechtlichen Vertrages erzielen. Die Gefälligkeitsleistungen, die wir als Gefälligkeitsverhältnisse bezeichnen, sind damit auch nicht als außerschuldrechtliche Verträge aufzufassen.

3. Sind Gefälligkeitsverhältnisse tatsächliche Vorgänge ohne rechtliche Bedeutung?

Auch das Reichsgericht[144]) lehnt einen Vertragsschluß ab und verweist die Gefälligkeitsleistungen in das tägliche Leben und spricht ihnen schlechthin jegliche rechtliche Bedeutung ab.[145]) Es sollen bei derartigen Abreden der Geselligkeit und Gefälligkeit keinerlei rechtliche Momente mitspielen. Mit Recht warnt jedoch Krückmann[146]), derartige Abreden in das Gebiet der Rechtlosigkeit zu verweisen. Auch von Blume[147]) weist sehr treffend darauf hin, daß eine Handlung in den Kreis der Rechtshandlungen tritt, wenn sie bestimmt ist, eine Einwirkung auf die Person oder das Vermögen eines anderen auszuüben oder in unerlaubter Weise solchen Einfluß hat. Desgleichen betont Böckel[148]), daß es nicht angehe, Gefälligkeit mit Vertragslosigkeit gleichzusetzen. Tatsächlich wird doch auch bei allen derartigen Vorgängen

144) RGZ. 65, S. 17.
145) Vgl. die in Anm. 32 angeführten Entscheidungen.
146) Krückmann in JW. 1932 S. 3689.
147) von Blume im „Recht" 1908 S. 649 ff.
148) Böckel, a. a. O. S. 607.

mehr oder weniger die Person oder das Vermögen der Beteiligten berührt, wenn es sich auch meist um Kleinigkeiten handelt, die nicht zur Entscheidung der Gerichte gelangen. Allein das darf nicht ausschlaggebend sein. Es geht um das Prinzip und nicht um den Wert im konkreten Fall. Die angeführten Meinungen stehen vor der Alternative: Vertrag oder ein Nichts. Lehnt man den Vertrag ab, so bleiben im Falle des Schadens nur die Vorschriften der unerlaubten Hanhdlung, die zu hart erscheinen, weil sie den Gefälligen, besonders im Falle der Gefährdungshaftung (§ 833) für seine Gutmütigkeit geradezu zu bestrafen scheinen. Andererseits würde der Gefälligkeitsnehmer keinerlei Anspruch haben, wenn ihm eine Gefälligkeitsleistung versprochen, aber nicht gehalten oder nur unvollkommen gehalten wird.

Auch könnte ihm ein Schaden entstehen, der sich bei Fortfall der Vertragsnormen gar nicht geltend machen ließe. Es liegt auf der Hand, daß eine solche Konstruktion zu Unbilligkeiten führen muß. Wenn der aus Gefälligkeit im Kraftwagen mitgenommene Gast tödlich verunglückt oder dem Besucher der kostbare Pelz in der Kleiderablage gestohlen wird, würde die Haftung aus unerlaubter Handlung den Gefälligen zu hart treffen. Man denke auch an die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 BGB, die bei Tätigwerden eines Verrichtungsgehilfen die Haftung oft genug illusorisch macht.

Wenn andererseits jemand sich erbietet, einen Brief auf dem Heimweg in den Postkasten zu werfen und dies aus Vergeßlichkeit erst zwei Tage später vornimmt, wenn durch diese verspätete Absendung der Absender einen Schaden erleidet, so wäre gar keine Haftungsmöglichkeit gegeben, weil kein Erfüllungsanspruch besteht. Nach beiden Seiten würde man der Sachlage nicht gerecht. Außerdem erscheint es auch nicht treffend, wenn man sagen wollte, daß das Rechtsleben nicht berührt wird, wenn z. B. jemand unter großem Vermögensaufwand ein Fest rüstet, oder wenn jemand unter Aufopferung seiner kostbaren Zeit seinem Freunde einen Dienst erweist. Am Prinzip ist auch nichts geändert, wenn man die grundsätzlich anerkannte Haftung aus unerlaubter Handlung durch allerlei Konstruktionen[149]) wieder einschränkt oder abschwächt, so daß sie in Wirklichkeit gar nicht mehr vorhanden ist. In dieser Lösung kann kein befriedigendes Ergebnis gesehen werden. Das mag auch der Grund sein, daß man im Schrifttum immer wieder auf einen Vertrag zurückgekommen ist. Die Annahme eines rechtlosen Zustandes muß jedenfalls abgelehnt werden. Die Annahme eines Vertrages wurde bereits abgelehnt.

Die Lösung muß auf anderen Wegen gesucht werden, denn die Zwangsstellung dieses Entweder-Oder darf uns nicht verführen, dem

149) Vgl. 2. Abschnitt.

Sachverhalt Gewalt anzutun. Allerdings läßt sich die Lösung nicht so einfach finden, daß man Gefälligkeit mit Haftungslosigkeit schlechthin gleichsetzt, wie es Louis[150]) tun will. Nach seiner Auffassung haftet weder der Führer noch der Halter für Schäden, die der Fahrgast gelegentlich einer Gefälligkeitsfahrt davonträgt, und zwar weder nach Kraftfahrzeuggesetz noch nach BGB, weder für leichtes noch für grobes Verschulden, weder auf Grund eines Vertrages noch auf Grund unerlaubter Handlung. Eine Grenze ziehe nur der § 276 II BGB, wonach die Haftung wegen Vorsatzes nicht im voraus erlassen werden kann; bestünde diese Vorschrift nicht, so wäre es noch nicht klar, ob nicht auch bei Vorsatz jede Haftung ausgeschlossen sein müßte.

Dies kann doch wohl nicht damit begründet werden, daß Louis die Beeinflussung des Rechts und der Rechtsprechung durch das nationalsozialistische Gedankengut ins Feld führt, weil die Förderung des Kraftfahrwesens das vom Reichskanzler und Führer gewiesene Ziel sei. Man kann doch nicht aus einem wirtschaftlichen Programmpunkt Rückschlüsse auf die Begriffsbestimmung eines Rechtsvorganges und auf die Haftungsbestimmungen ableiten. Zum mindesten kann diese Auslegung nicht befriedigen, wenn einseitig auf die Belange des gefälligen Kraftfahrers abgestellt wird. Einmal sind die Fälle der Gefälligkeitsfahrten im Kraftwagen nur ein begrenzter Teil der vielen Gefälligkeitsleistungen des täglichen Lebens und sodann wird die Rechtsstellung des Gefälligkeitsnehmers völlig ignoriert. Wenn Louis[151]) ganz richtig fordert, daß der neue Geist uns nicht nur aus neuen Gesetzen entgegenwehen soll, sondern daß gerade die alten Gesetze mit dem neuen Geist zu füllen sind und ihre Auslegung und Anwendung zu dem vom Führer gesetzten Ziel hinstreben muß, so darf dies doch nicht zur einseitigen Bevorzugung des einen Teilnehmers führen. Wenn der neue Geist mit Recht den Formalismus bekämpft, dann vornehmlich zu dem Zweck, daß die Waage der Justitia neu geeicht wird. Was Louis vorschlägt, ist aber kein Wägen mehr, weil es dem Gefälligkeitsnehmer von vornherein jede Rechtsposition nimmt. Er ist dann nur der Geduldete, der unbesehen nehmen muß, was ihm gütig gespendet wird. Wollte man Gefälligkeiten so auffassen, so müßte sich jeder Mensch sehr hüten, von einem anderen einen Gefallen anzunehmen.

Auf diesem Wege geht es also nicht. Gefälligkeit und Rechtlosigkeit ist nicht das gleiche. Damit ist auch nichts geändert, wenn man einwendet, daß die Beteiligten nicht an die Rechtsfolgen denken, daß ihr Handeln sozusagen unter der Schwelle des juristischen Bewußt-

150) Louis, Gefälligkeitsfahrt, in JW. 1936 S. 425.
151) Louis, a. a. O. S. 426.

seins bleibt.[152]) Denn darauf kommt es gar nicht an. Es kommt darauf an, ob zwei Menschen in ein Rechtsverhältnis zueinander treten. „Rechtsverhältnisse sind die durch Rechtsvorschriften geordneten Beziehungen von Personen zu anderen Personen oder Lebensgütern (Gegenständen).“[153]) Die Rechtsordnung schreibt vor, was Rechtens ist, und wenn eine konkrete Rechtsnorm nicht besteht, so muß der Richter bei der Erforschung des Rechts dem im Gesetz ausgedrückten Gemeinwillen und dem dort als Maßstab gesetzten Werturteil folgen.[154]) Dieser Aufgabe darf er sich nicht entziehen, indem er den ihm vorgetragenen Lebenstatbestand in das außerrechtliche Gebiet verweist. Deshalb geht es nicht an, einen Tatbestand, der offensichtlich nicht in der Kategorie der Verträge unterzubringen ist, nur aus diesem Grunde als einen rein tatsächlichen Vorgang zu bezeichnen und ihm die Erzeugung jeglicher Rechtspflichten abzusprechen. Denn es wird noch zu zeigen sein, daß gewisse Schutzpflichten auch aus einem Rechtsverhältnis entstehen können, das kein irgendwie gearteter Vertrag ist. Es ist doch ein Unterschied, ob zwei Freunde sich in einen Kraftwagen setzen und der Mitfahrer durch Verschulden des Fahrers verunglückt, oder ob der Fahrer aus Verschulden auf der Straße einen fremden Menschen überfährt. Wollte man Gefälligkeitsverhältnisse als rein tatsächliche Vorgänge erklären, die aus sich keine Pflichten erzeugen, so müßten beide Fälle gleich nach den Vorschriften der unerlaubten Handlung beurteilt werden. Man muß doch aber sagen, daß zwischen dem Fahrer und seinem Freund ein engeres persönliches Verhältnis besteht als zwischen dem Fahrer und dem Fremden. Das muß sich auch rechtlich auswirken. Deshalb ist die Definition des Gefälligkeitsverhältnisses als eines rein tatsächlichen und keinerlei Schutzpflichten erzeugenden Vorganges abzulehnen. Es wird daher nachzuweisen sein, daß Gefälligkeitsverhältnisse zwar keine Verträge, aber auch keine rein tatsächlichen Vorgänge ohne Rechtspflichten sind, sondern Rechtsverhältnisse, die gewisse Schutzpflichten auferlegen.

4. Entsteht durch ein Gefälligkeitsverhältnis ein gesetzliches Schuldverhältnis?

a) Ist es ein gesetzliches Schuldverhältnis nach dem Grundsatz der culpa in contrahendo?

Gibt es noch einen dritten Weg, zu einer befriedigenden Begriffsbestimmung zu gelangen? Von Bedeutung sind die Untersuchungen

152) Kuhlenbeck, a. a. O. S. 701.
153) Lehmann, § 10, S. 69.
154) Lehmann, § 9, S. 58.

Martels[155]), der auf dem Standpunkt steht, daß die Verneinung einer vertraglichen Verpflichtung zur Leistung es nicht rechtfertige, die Gefälligkeitszusagen als Vorgänge anzusehen, die jeder praktischen Bedeutung bar sind. So stellt er fest, daß der Gefälligkeitsnehmer hinsichtlich der Unversehrtheit seiner Person, seiner Sache oder seiner sonstigen Güter auf die Sorgfalt und die Vorsicht des Gefälligen, und je nach der Lage der Sache auch umgekehrt, vollkommen angewiesen ist. So der Wanderer, der in das Fahrzeug steigt, der Gast, der seinen Mantel ablegt, der Briefschreiber, der dem Freund den Brief zum Einwerfen in den Postkasten mitgibt. In gleicher Weise ist es auch dem Gefälligkeitsnehmer oft nicht möglich, sich durch sein eigenes Tun vor Schaden zu bewahren. Auch der Gefällige selber kann den Schaden oft nicht verhindern, z. B., daß der Mitreisende in das gereichte Kursbuch keine Flecke macht. Daraus zieht nun Martel[156]) den Schluß, „daß anders als bei den durch §§ 823 ff. BGB geschützten allgemeinen Beziehungen der Gefälligkeitsnehmer oder der Gefällige, oder beide sich gegenseitig ihre Rechtsgüterwelt anvertrauen und jeder dem anderen einen Einfluß, eine Einwirkungsmöglichkeit darauf einräumt. Dies geschieht in der Erwartung, daß ein Schaden nicht entstehen werde. Die Gefälligkeitszusage stellt sich als ein enges Vertrauensverhältnis zwischen zwei Personen dar".

Weiter vergleicht Martel diese Beziehungen mit dem Vertrauensverhältnis, das beim Eintritt in Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien zur Entstehung gelangt. Dort würden im Hinblick auf den zukünftigen Vertragsschluß gewisse Mitteilungen und Offenbarungen notwendig, auf deren Richtigkeit der Vertragspartner vertraut. Damit entsteht eine Aufklärungs- und Offenbarungspflicht, bei deren Verletzung ein Ersatzanspruch des Geschädigten begründet wird. Damit verweist Martel auf den Grundsatz, der culpa in contrahendo, der nach der herrschenden Lehre[157]) auf ein selbständiges, vertragsähnliches Vertrauensverhältnis abstellt, aus dem sich für die Beteiligten die Pflicht zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und gewisse Mitteilungs- und Unterlassungspflichten ergeben. Danach hat der „Schuldner" im Rahmen des § 276 BGB jede Art von Fahrlässigkeit und Vorsatz zu vertreten. Daraus ergibt sich dann ein selbständiges gesetzliches Schuldverhältnis.

155) Martel, S. 33.

156) Martel, S. 35.

157) Enneccerus-Lehmann § 43 III S. 169; Staudinger Vorbem. B II 1 vor §§ 275 ff. S. 270/71; § 276 Anm. I 2 S. 284; RG. Komm. § 276 Anm. 3 S. 474/75; RG. in JW. 1936 S. 799; Leonhard, Verschulden.

Diesen Grundsatz will Martel[158]) auf die Gefälligkeitsverhältnisse angewendet wissen. Auch hier entstehe der Schaden im Vertrauen auf die Erklärung, denn aus dem Erklärungsverhalten der Beteiligten sei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Zusicherung zu entnehmen, daß die Rechtsgüterwelt des anderen eine Beeinträchtigung nicht erfahren werde. Deshalb nimmt Martel bei Gefälligkeitsverhältnissen ein gesetzliches, vertragliches Schuldverhältnis, oder besser ein vertragsähnliches Schuldverhältnis, an, das mit der Zusage der Gefälligkeit zur Entstehung gelangt und mit dem grundsätzlich jederzeit zulässigen Widerruf endige. Der Widerruf müsse sich allerdings im Rahmen von Treu und Glauben halten. Damit wird der § 276 BGB zum Angelpunkt der Streitfrage gemacht. Gegenstand des Schuldverhältnisses ist dann eine nach Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB) zu bemessende Erhaltungs- und Fürsorgepflicht.[159])

Ähnlich argumentiert auch Enneccerus-Lehmann[160]), der gleichfalls eine vertragsähnliche, gesetzliche Fürsorgepflicht, namentlich eine Erhaltungspflicht, annimmt. Es handele sich um einen Fall der Erklärungshaftung, denn wer durch seine Erklärung (Gestattung, Einladung, Zusage) in einem anderen das berechtigte Vertrauen auf Erfüllung gewisser Fürsorgepflichten erwecke, dürfe dieses Vertrauen nicht enttäuschen.

In gleicher Richtung hat auch neuerdings das Reichsgericht eine auf Fürsorge gerichtete Verkehrspflicht eines Jagdbesitzers bejaht, wenn er Gäste zu einer Treibjagd eingeladen hat.[161])

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Annahme eines schuldrechtlichen Vertrages würde zu weit gehen, denn ein schuldrechtlicher Vertrag würde Leistungsverpflichtungen auferlegen und Leistungsansprüche einräumen. Ein vertragsloser, rein tatsächlicher Zustand würde dagegen zu wenig sein, denn im Falle eines Schadens würden dem geschädigten Gefälligkeitsnehmer nur die Rechtsbehelfe aus unerlaubter Handlung zustehen. Dagegen erscheint es dem Wesen des Gefälligkeitsverhältnisses am besten zu entsprechen, den Beziehungen der Beteiligten auch am ersten gerecht zu werden, wenn man den Beteiligten ein weitergehendes schutzwürdiges Interesse zubilligt[162]), und ihnen gewisse Schutzpflichten im Rahmen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses auferlegt. Deshalb ist dem Ergebnis durchaus zuzustimmen, wenn das Gefälligkeitsverhältnis weder als schuldrechtlicher Ver-

158) Martel, S. 36.
159) Ähnlich, wenn auch vom obligatorischen Vertrag ausgehend: Krückmann in JW. 1932 S. 3689.
160) Enneccerus-Lehmann, § 27, 6 S. 109; Lehmann, § 24, S. 135.
161) RGZ. 128 S. 42.
162) Crome II S. 18.

trag, noch als eine rein tatsächliche Beziehung, sondern als ein als gesetzliches Schuldverhältnis aufzufassendes Vertrauensverhältnis definiert wird, das gewisse Schutzpflichten auferlegt. Denn es muß das Ziel sein, eine dem Gefälligen nach den Grundsätzen von Anstand und Sitte zumutbare Fürsorgepflicht für die schutzwürdigen Interessen seines Gastes rechtlich zu begründen.[163])

Aber der Weg, auf dem Martel und Lehmann zu diesem Ergebnis kommen, kann aus folgenden Gründen nicht recht befriedigen. Die Anwendung des Grundsatzes der culpa in contrahendo auf das Gefälligkeitsverhältnis ist letzten Endes nur ein Weg, in einem Fall, in dem es bedenklich erscheint, einen schuldrechtlichen Vertrag anzunehmen, die Haftungsbestimmungen des Vertragsrechts dennoch zur Anwendung zu bringen. Um das zu erreichen, muß man mit der Fiktion eines stillschweigenden Vertragsschlusses arbeiten und wendet dann die Bestimmungen des schuldrechtlichen Vertrages an, dessen Bestehen man vorher geleugnet hat.[164]) Culpa in contrahendo ist das Schuldverhältnis des „Vorvertrages". Um diesen Grundsatz auf das Gefälligkeitsverhältnis anwenden zu können, müßte man also einen „Vorvertrag" annehmen, dessen Inhalt es ist, daß die Beteiligten ihr gegenseitiges Verhalten nach Treu und Glauben einrichten und sich gegenseitig wie anständige Menschen behandeln wollen. Der Weg, einen solchen „Vorvertrag" zu konstruieren, um eine Treupflicht in die Beziehungen der Beteiligten hineinzubringen, erscheint aber als ein konstruktiver Umweg.[165]) Er muß z. B. oft ungangbar bleiben, wenn ein nicht Geschäftsfähiger beteiligt ist. Es soll daher untersucht werden, ob nicht dieser Zweck auf einem anderen Wege erreicht werden kann, ob nicht das gleiche Ziel zu erreichen ist, ohne das Rechtsinstitut des Vertrages, das anderen Zwecken zu dienen bestimmt ist, zu Hilfe zu rufen. Es mag insbesondere die Frage aufgeworfen werden, ob nicht auf Grund des neuen Rechtsempfindens eine Lösung gefunden werden kann, die die Konstruktion eines „Vorvertrages" überflüssig macht.

b) Ablehnung des Gedankens der culpa in contrahendo.

Die von Lehmann und Martel vorgeschlagene Lösung weist den richtigen Weg. Die Art und Weise, wie dieser Weg gefunden wird, entspricht der die Rechtstechnik beherrschenden Methode, durch Konstruktion auch eine solche Gesetzesbestimmung zur Lösung eines Falles anwendbar zu machen, die nach dem Willen des Gesetzgebers zu-

163) Cramer, S. 13.
164) Lange, S. 71; Dölle, S. 1018.
165) Müller in DJZ. 1935 S. 270.

nächst für andere Fälle berechnet war. Diese Methode beruht auf der weltanschaulichen Grundlage des BGB als Gesetz überhaupt und ist, von dieser Warte aus gesehen, auch konsequent und richtig. Es soll aber untersucht werden, ob im konkreten Fall des Gefälligkeitsverhältnisses nicht ohne diese Methode und ohne die Konstruktion eines „Vorvertrages" eine Lösung gefunden werden kann, ob nicht der Einfluß, den das nationalsozialistische Denken auf unser Recht genommen hat und weiterhin in immer größerem Umfang nimmt, eine das ganze Recht beherrschende Grundidee bereits geformt hat, die ohne gesetzliche Normierung bereits aus sich die Lösung enthält. Bevor eine solche Grundidee aufgezeigt und in ihrer möglichen Anwendung überprüft werden kann, ist es notwendig, den Gegensatz herauszustellen, der zwischen der Grundidee des BGB und der möglicherweise schon geformten Grundidee unseres neuen Rechtsdenkens besteht und welche Folgerungen aus diesem Unterschied gezogen werden können.

Die Grundeinstellung des BGB beruht auf individualistischer Auffassung, die die Freiheit des einzelnen zum Grundsatz hat. Wenn nicht durch Vertrag, gesetzliches Schuldverhältnis oder positive Gesetzesbestimmung jemandem eine Rechtspflicht zum Handeln auferlegt ist, kann er nicht schadensersatzpflichtig werden, wenn er es unterläßt, Nachteile von einem anderen abzuwenden.[166]) Grundsätzlich entstehen Rechte und Pflichten erst mit dem Abschluß des Vertrages und enden mit seiner Auflösung. Vor wie nach Vertragsschluß ist die Freiheit des einzelnen weitgehend gewährleistet, „herrscht die rechtlich gebilligte Pflichtenlosigkeit, nur locker gezügelt durch das Band des Unrechts".[167]) Solange man nicht feststellen konnte, daß eine Verpflichtung irgendwelcher Art weder aus Vertrag oder gesetzlichem Schuldverhältnis noch aus einer Gesetzesvorschrift hergeleitet werden konnte, konnte man auch niemandem eine solche Verpflichtung auferlegen.

Die Rechtsprechung hat sich in der Erkenntnis dieses Mangels damit geholfen, die starre Form des Gesetzes zunächst dadurch aufzulockern, indem sie die vom Gesetz gegebene Möglichkeit, mit Hilfe der Auslegungsregel der §§ 157, 242 BGB Vertragsverhältnisse zu modifizieren, auch auf solche Fälle ausdehnte, die keinen Vertrag zur Grundlage hatten. Der Grundsatz von Treu und Glauben wandelte sich von einer Auslegungsregel für Schuldverhältnisse zu einem das ganze Rechtsleben umfassenden obersten Grundsatz. Folgte zunächst aus dem Satz von Treu und Glauben eine Treupflicht, die im Wege der Auslegung als Nebenverpflichtung den konkreten Vertragsverpflichtungen hinzugefügt wurde, so führte der Gedanke, daß das ganze

166) Vgl. Müller in DJZ. 1935 S. 270.
167) Lange, S. 26.

Recht von dem Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht sei, zur Ausdehnung des Gedankens der Treupflicht auf außervertragliche Beziehungen. Das gab die rechtliche Grundlage, scheinbar auch ohne Vertrag und ohne gesetzliche Bestimmung eine Treupflicht und damit gewisse Verpflichtungen aufzuerlegen. Diese Verpflichtung, die Treupflicht, trifft dann auch den, der Vertragsverhandlungen beginnt, auch wenn der Vertrag nicht zum Abschluß kommt. Aber es geht doch nur scheinbar ganz ohne Vertrag, denn das Schuldverhältnis des „Vorvertrages" steht im Schatten des künftigen Vertrages, entnimmt seine Wirkungen aus ihm.[168]) Es läßt sich rechtlich nur erfassen mit Hilfe der Fiktion eines stillschweigend geschlossen Vertrages, dessen Inhalt die Treupflicht ist.[169])

Ein solcher Tatbestand müßte vorliegen, um den Beteiligten eine Treupflicht aufzuerlegen. Oder es müßte sich um eine längere Zeit dauernde oder auf längere Zeit berechnete Geschäftsverbindung handeln, aus der ein Vertrauensverhältnis erwächst, das jedem Partner die Pflicht auferlegt, billige Rücksicht auf die schutzwürdigen Interessen des anderen zu nehmen. Aber auch diese Rücksichtnahme entnimmt ihre Ausgestaltung und Bewertung wieder aus den schuldrechtlichen Verträgen, die im Rahmen der Geschäftsverbindung abgeschlossen werden und die für die Treupflicht den Maßstab abgeben.[170])

In jedem Fall bleibt also trotz dieser Entwicklung der Grundsatz bestehen, daß eine Treupflicht nur dem zugemutet werden kann, der sich durch stillschweigenden Vertrag zu ihr verpflichtet oder der sie im Rahmen von Vertragsverhandlungen als Begleiterscheinung dieser Vertragsverhandlungen oder im Rahmen der in einer Geschäftsverbindung abgeschlossenen schuldrechtlichen Verträge als Begleiterscheinung dieser schuldrechtlichen Verträge auf sich genommen hat. Notwendig ist ein vertragliches oder vertragsähnliches Band, das die Beteiligten aneinander bindet und die Treupflicht auslöst. Denn es darf nicht vergessen werden, daß die Treupflicht des BGB ein Ausfluß des Satzes von Treu und Glauben ist. Der Satz von Treu und Glauben ist aber eine Auslegungsregel. Er erfordert ein Schuldverhältnis, das ausgelegt werden kann.[171]) Treu und Glauben sagt nicht, was geleistet werden soll, sondern wie geleistet werden soll, gilt nicht für die Begründung, sondern für die Auslegung eines Schuldverhältnisses.[172])

Beim Gefälligkeitsverhältnis besteht aber kein schuldrechtlicher Vertrag, aus dem die Treupflicht abgeleitet werden könnte. Wollte

168) Lange, S. 71.
169) Dölle, S. 1018.
170) Tegtmeyer in JW. 1936, S. 3101; RG. in JW. 1936, S. 2547.
171) Lehmann in JW. 1936 S. 2195; Stoll in DJZ. 1936 S. 417 .
172) RG. Kom. § 242. Anm. 1.

man aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Treupflicht beim Gefälligkeitsverhältnis entwickeln, so bliebe nur der Weg, das Gefälligkeitsverhältnis als ein vertragsähnliches Verhältnis aufzufassen, das einem stillschweigenden Vertrage auf Übernahme einer Treupflicht gleichkommt.[173]) Das erscheint aber als ein konstruktiver Umweg. Wie zu zeigen sein wird, geht es auch ohne diese Konstruktion, die zudem der Stellung der nicht voll geschäftsfähigem Partner nicht gerecht wird. Außerdem gibt es Fälle, die auch als Gefälligkeitsverhältnisse aufgefaßt werden müssen, und dennoch beim besten Willen nicht von dieser Konstruktion erfaßt werden könnten. Man denke z. B. an den Fall, daß A den B trifft, der ein Fahrrad führt. B geht in ein Haus und stellt sein Fahrrad an die Hauswand. A erklärt, auf und ab gehen und auf B warten zu wollen. Er sieht, wie ein Fremder das Rad stiehlt, und unternimmt nichts dagegen. Oder A sieht, wie B sein Rad an die Hauswand stellt und hineingeht und beschließt, auf B zu warten. In dieser Zeit wird das Rad gestohlen.[174]) Oder A geht mit dem kurzsichtigen B auf der Straße und sieht ein Hindernis, das, wie er weiß, der kurzsichtige B nicht bemerken wird und das ihn zu Fall bringt und verletzt.[174]) Wo soll in diesen Fällen die Erklärung des A liegen, die im B das Bewußtsein erweckt, er könne im Vertrauen auf diese Erklärung sich bzw. sein Fahrrad der Obhut des A anvertrauen? Dieser Fall würde auch nicht mit einer Hilfskonstruktion zu lösen sein. Und doch wird man nach gesundem Rechtsempfinden sagen müssen, daß A einschreiten mußte. So mag es eine Reihe weiterer Fälle geben, die auf diesem Wege einer gerechten Lösung nicht zugeführt werden können. Aber auch wo es mit Hilfe der erwähnten Konstruktion gelingt, eine Lösung zu finden, läßt sich die Gezwungenheit einer solchen Konstruktion nicht leugnen, einer Konstruktion, die nur den Zweck hat, als Mittel zur Erreichung des als richtig erkannteen Zieles zu dienen. Ausgehend von der Grundeinstellung des BGB, ist gegen eine solche Konstruktion wohl auch nichts einzuwenden. Sie wird jedoch hier abgelehnt, weil sie einmal auf Grund neuen Rechtsdenkens überflüssig erscheint und weil sie andererseits, namentlich bei der Beteiligung Minderjähriger, nicht immer zur Lösung führt.

c) Es entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis auf Grund einer allgemeinen Treupflicht.

A. Seine Art.

Der aufgezeigten Grundeinstellung des BGB steht aber eine neue Auffassung vom Recht gegenüber. Natürlich wird mit einem solchen

173) So: Martel, S. 36.
174) Müller erläutert diese Beispiele in DJZ 1935 S. 272.

Gedanken sehr vorsichtig zu arbeiten sein. Es wird allgemein nicht möglich sein, Gedanken, die ihrer Art nach ausschließlich in das Gebiet der Rechtspolitik gehören, dem aus anderen Gedankengängen erwachsenen geltenden positiven Recht unterzuschieben, solange der Gesetzgeber diese Rechtsnormen ausdrücklich aufrecht erhält. Es erscheint grundsätzlich bedenklich, entgegen geltendem positiven Recht auf Grund rechtspolitischer Erwägungen zu entscheiden. Aber rechtspolitische Erwägungen können und müssen schon dann im geltenden Recht angewandt werden, wenn dieses nicht in seiner Normierung, wohl aber in seiner Grundidee dem neuen Rechtsdenken entgegensteht. Das muß insbesondere gelten, wenn das geltende positive Recht Lücken aufweist, die mit Hilfe neuen Rechtsdenkens ohne weiteres geschlossen werden können. Wenn man die geltenden Gesetzesbestimmungen vom Standpunkt der neuen, herrschenden Weltanschauung aus anwendet und dabei zu einem anderen Ergebnis kommt, als wenn man die gleichen Bestimmungen in konsequenter Durchführung des ihnen zugrunde liegenden, überholten Rechtsdenkens auf einen diesen Bestimmungen zunächst fremden Tatbestand anwendet, dann muß man den ersten Weg wählen. Denn das alte Gesetz soll mit neuem Geist gefüllt werden. Dann können diejenigen Teile einer neuen Rechtsauffassung, die nicht nur Inhalt des Zukunftsrechts sein werden, sondern bereits jetzt ohne Zwang auf das geltende Recht angewandt werden können, ohne Bedenken herangezogen werden.

Das ist für die Frage des Gefälligkeitsverhältnisses möglich. Hier können wir Grundgedanken der neuen Rechtsauffasung, wegen des Fehlens einschlägiger Bestimmungen im BGB, anwenden, die in ihrer Gesamtheit für die Gestaltung des Schuldrechts nur im Rahmen der Rechtspolitik erörtert werden könnten. Damit soll nicht die Normierung des BGB auch nur im geringsten Maße ausgeschaltet werden, sondern es soll nur nicht der Konsequenz gefolgt werden, die sich aus der Grundeinstellung des BGB ergeben würde. An ihre Stelle soll die Konsequenz aus dem neuen Rechtsdenken treten. Und aus dieser neuen Rechtsauffasung ergibt sich eine Lösung des Problems der Gefälligkeitsverhältnisse, die ohne Zwang ist und zu einem gerechten Ergebnis führt.

Unser neues Recht geht nicht mehr von dem Grundgedanken des Individualismus aus. Es beruht nicht mehr auf der Grundauffassung, daß jeder auf sich selbst gestellt ist und ohne rechtliche Bindungen von niemandem weder eine Hilfe erwarten darf noch zur Hilfeleistung verpflichtet ist. Unsere Staatsverfassung beruht auf dem Gedanken der Volksgemeinschaft, dem Gedanken des Einstehens des einen für den anderen, und dieser Gedanke kann auch auf das Privatrecht nicht ohne Einfluß sein. Der Gedanke der Volksgemeinschaft beruht auf dem Ge-

meinschaftsgedanken. Der Gemeinschaftsgedanke umfaßt auch den Treugedanken. Aus dem Treugedanken folgt eine Treupflicht, die die Volksgenossen einander schulden.

Es mag nun fraglich sein, in welcher Form sich diese Treupflicht auswirken kann. Soll man den Gemeinschaftsgedanken auf die Treue gegenüber dem Volk beschränken und zur Kennzeichnung der Treue, die die Partner im Schuldrecht einander schulden, lediglich den Begriff von Treu und Glauben verwenden?[175]) Soll man den Gemeinschaftsbegriff in seiner Auswirkung auf das Schuldrecht nur soweit gelten lassen, daß man vorhandene Schuldverhältnisse wie bisher nach Treu und Glauben auslegt und diese Auslegung nur insofern erweitert, daß sie nicht mehr allein in bezug auf die Parteien erfolgt, sondern nunmehr auch in bezug auf die Gemeinschaft? Soll die einzige Auswirkung des Gemeinschaftsgedankens darin liegen, daß die Auslegungsregel des § 242 BGB von Treu und Glauben dahin erweitert wird, daß das auszulegende Schuldverhältnis nicht mehr allein danach bewertet wird, was im Verhältnis der Partner nach Treu und Glauben billig ist, sondern außerdem auch danach, was vom Standpunkt der Gemeinschaft aus billig ist? Soll der Begriff des Gemeinschaftsgedankens nur dazu dienen, die Auslegung eines vorhandenen Schuldverhältnisses in der Richtung auf das Gemeinschaftsdenken zu erweitern, nur ergänzend und gestaltend wirken?[176]) Dann wäre der einzige Einfluß, den das Gemeinschaftsdenken auf das Schuldrecht ausübt, eine Erweiterung und Neuausrichtung bisheriger Auslegungsmaßstäbe, wäre selbst nur eine Auslegungsregel, die ein Schuldverhältnis, das ausgelegt werden muß, voraussetzt. Dann würde das Gemeinschaftsdenken in dem Fall keinen Einfluß haben, in dem zwischen den Parteien überhaupt kein Schuldverhältnis besteht, weil es nichts auszulegen gibt. Aus dem Gemeinschaftsgedanken selbst würde dann unmittelbar gar kein selbständiges Schuldverhältnis abgeleitet werden können, weil das Gemeinschaftsdenken dann nur zur Auslegung herangezogen werden könnte.

Das ist aber m. E. zu wenig. Man muß einen Schritt weiter wagen und den Einfluß des Gemeinschaftsdenkens weiter fassen, muß zugeben, daß der Gemeinschaftsgedanke ein oberster Rechtssatz ist, der in gewissen Lebenslagen aus sich ein Schuldverhältnis kraft Rechtens erzeugen kann. Das ist gerade der Unterschied zum Rechtsdenken der BGB-Motive, daß eine Treupflicht nach liberalem Denken erst konstruiert werden mußte. Sie konnte nur unter Einbeziehung der für konkrete Schuldverhältnisse bestimmten Vertragsbestimmungen gefun-

175) So: Stoll, in DJZ. 1936 S. 417.
176) So: Siebert, Das Arbeitsverh. i. d. Ordn. d. nat. Arb. S. 32.

den werden. Aus dem Grundsatz des Gemeinschaftsdenkens läßt sich eine allgemeine Treupflicht ohne weiteres selbständig ableiten.[177]) Unabhängig von einer vertraglichen Bindung muß sie oberster Grundsatz sein.

Geht man davon aus, daß der Gemeinschaftsgedanke das ganze Recht beherrscht, dann muß man auch feststellen, daß dieser Gemeinschaftsgedanke der oberste Grundsatz ist, dem sich alle konkreten Rechtsbeziehungen zwischen zwei Personen unterzuordnen haben. Dieser Gemeinschaftsgedanke steht daher über den Parteien und ihren Abmachungen. Er bildet eine höhere Einheit, der jeder unterworfen ist. Und wenn der Gemeinschaftsgedanke jedem Volksgenossen um der Gemeinschaft willen Pflichten auferlegt, dann wurzeln diese Pflichten nicht in der gewollten Selbstunterwerfung einem bestimmten anderen gegenüber (Vertrag), sondern entstammen bereits der Unterworfenheit unter die Gemeinschaft und bestehen allen gegenüber, auch ohne Sonderbindung. Dann gibt es Pflichten, die nicht auf Grund individueller Willensbildung erzeugt werden, sondern auf Grund eines allgemein gültigen obersten Rechtssatzes. Denn das Gemeinschaftsdenken stellt neben die Willenslehre den Pflichtgedanken.[178]) Eine solche Pflicht besteht dann nicht, weil der ihr Unterworfene sie will, sondern weil die Rechtsordnung sie bestimmt. Dann kommt es nicht darauf an, ob eine solche Pflicht als Nebenwirkung eines schuldrechtlichen Vertrages oder als Hauptinhalt eines stillschweigenden Vertrages übernommen wird. Sie folgt vielmehr unmittelbar aus dem im Gemeinschaftsdenken enthaltenen Pflichtgedanken.

Die Art einer solchen Pflicht bestimmt sich aus dem Gemeinschaftsdenken: sie ist eine Treupflicht, die den Beteiligten billige Rücksichtnahme auf die schutzwürdigen Belange anderer auferlegt. Sie ist eine Pflicht zur Rücksichtnahme als eine Folge der Unterworfenheit unter die Gemeinschaft. Sie erwächst aus dem rechtlichen Imperativ, daß man alles tun soll, was von einem anständigen und rücksichtsvollen Menschen verlangt werden kann.[179]) Der dem Gemeinschaftsgedanken innewohnende Pflichtgedanke schafft damit ein Schuldverhältnis kraft Rechtens und ohne besondere gesetzliche Normierung. Diese Treupflicht kann im Einzelfall der Beurteilung zugrunde gelegt werden, ohne daß sie gesetzlich festgelegt ist. Wenn man auch im allgemeinen sagen muß, daß es dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben muß, neuen Geist durch Gesetzsbestimmungen niederzulegen, so handelt es sich hier doch um einen so fundamentalen Grundsatz, daß er

177) Vgl. Müller in DJZ. 1935 S. 270.

178) Vgl. Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht, SS. 45, 66, 70, 71 und 79; Lange in DR. 1935 S. 531; Dölle, S. 1018.

179) Dölle in DJZ. 1934 S. 1018.

das gesamte Rechtsleben beeinflussen muß. Er soll aber nicht als Auslegungsregel gelten, sondern als selbtändige, ungeschriebene Rechtsnorm. Dann bedarf es einer gesetzlichen Festlegung des Gedankens der Treupflicht nicht. Sie muß schon auf Grund des veränderten Rechtsdenkens als bestehend angenommen werden.

Dieser Gedanke hat auch bereits im Arbeitsrecht seinen Niederschlag gefunden. Auch hier kennt man Bindungen, die eine Treupflicht entstehen lassen, ohne daß man diese Treupflicht von dem schuldrechtlichen Arbeitsvertrag ableitet.[180])

Dieser Gedanke enthält auch die Lösung des Problems der Gefälligkeitsverhältnisse. Beide Beteiligten treten zueinander in ein Verhältnis, das zwar kein schuldrechtlicher Vertrag ist, das aber dem ungeschriebenen Gesetz unterworfen ist, daß von ihnen erwartet wird, sich so zu verhalten, wie Höflichkeit, gesellschaftliche Form, Anständigkeit oder Kameradschaft es fordern. Sie sind damit einer Treupflicht kraft Rechtens unterworfen, die auch ohne gesetzliche Normierung infolge ihrer Ableitung aus dem Grundgedanken des heutigen Rechtsdenkens für sie Geltung hat, sobald sie zueinander in Beziehungen treten. Eine derartige Treupflicht wird beim Gefälligkeitsverhältnis geschuldet. Wir leiteten sie nicht aus einer Gesetzesvorschrift her, sondern aus einem obersten Rechtsgrundsatz. Auch ohne ausdrückliche Normierung müssen wir sie als ein gesetzliches Schuldverhältnis auffassen. Für die Ausgestaltung dieses gesetzlichen Schuldverhältnisses können wir die §§ 276, 278 BGB heranziehen. Für den weiteren Weg gibt das BGB genügend Möglichkeiten.

Das gesetzliche Schuldverhältnis tritt ohne Rücksicht auf die Geschäftsfähigkeit ein, weil für das Zustandekommen eines Gefälligkeitsverhältnisses die an das Zustandekommen eines Vertrages zu stellenden Anforderungen nicht zu stellen sind. Nur ein Tatwille ist nötig. Die Einbeziehung der Minderjährigen in den Kreis derer, die in ein Gefälligkeitsverhältnis eintreten können, entspricht aber den Notwendigkeiten des Lebens. Das Gefälligkeitsverhältnis entsteht dann nicht infolge eines fingierten Vertrages, sondern infolge der Rechtsfolge, die ein oberster Rechtsgrundsatz an die Aufnahme der Beziehungen des Gefälligen und seines Partners stellt.

Wir können damit das Gefälligkeitsverhältnis definieren: als ein Rechtsverhältnis, das den Beteiligten auf Grund des dem heutigen Rechtsdenken zugrunde liegenden Gemeinschaftsdenkens eine Treupflicht auferlegt, die als Schutzpflicht dem einen Teil eine Fürsorge-

---

180) Mansfeld in JW. 1936 S. 481; Siebert: Das Arbeitsverh. i. d. Ordn. d. nat. Arb. SS. 32, 83, 100; Siebert im ns. Handbuch f. Recht u. Ges. geb. 1935 S. 957 ff.; Siebert in DR. 1935 S. 58.

und Erhaltungspflicht für die Rechtsgüterwelt des anderen Teiles auferlegt. Diese Treupflicht muß als Folge eines ungeschriebenen Grundgesetzes als ein gesetzliches Schuldverhältnis angesehen werden. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis ist unter analoger Anwendung der §§ 276, 278 BGB auszugestalten.

B. Sein Umfang.

Der Umfang dieses gesetzlichen Schuldverhältnisses besteht darin, daß die Beteiligten verpflichtet sind, jeder die Rechtsgüterwelt des anderen nicht zu beeinträchtigen. Es soll weder jemand über den Umfang der zugesagten Gefälligkeit hinaus aus seiner Gefälligkeit einen Nachteil haben, noch soll dem, der eine Gefälligkeit entgegennimmt, hieraus ein Schade erwachsen können, der ihm unbillig hart sein würde. Deshalb wird man dem Gefälligen eine gewisse Sorgfaltspflicht auferlegen müssen. Wer einen anderen einladet, in seinem Fahrzeug mitzufahren oder in seiner Wohnung sein Gast zu sein, oder wer sich aus Gefälligkeit zu einem kleinen Dienst erbietet, soll den ihm anvertrauten Kreis von Rechtsgütern sorgfältig behandeln und nicht beeinträchtigen. Er soll insbesondere für die Person seines Gastes Sorge tragen. Wie weit diese Sorgfaltspflicht geht, wird im einzelnen nach Lage des Falles zu bestimmen sein.

Wer von einem anderen eine Gefälligkeit entgegennimmt, wird sich einer gewissen Erhaltungspflicht unterziehen müssen, die ihn zu einer sorgfältigen Schonung und Erhaltung der ihm aus Gefälligkeit anvertrauten Rechtsgüter des anderen Teils verpflichtet. Er wird die ihm zur Verfügung gestellten Gegenstände nur im Rahmen des Gefälligkeitsverhältnisses und nur in einer solchen Art und Weise benutzen dürfen, wie es dem Verhältnis entspricht. Auch hier wird der Maßstab immer für den Einzelfall aus der Art der Beziehungen gewonnen werden müssen.

Diese Schutzpflichten werden im Gefälligkeitsverhältnis geschuldet. Es wird aber keine Erfüllung geschuldet. Das Gefälligkeitsverhältnis ist frei widerruflich. Allerdings wird ein Widerruf, der als Treubruch aufzufassen ist (jemand setzt seinen Fahrgast mitten im Regen auf einsamer Straße grundlos ab), möglicherweise nach § 826 BGB zum Schadenersatz verpflichten können.

2. Abschnitt.

Die Haftung aus Gefälligkeitsverhältnissen

V. Die Haftung aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis

Für die Haftung wegen Verletzung der Schutzpflicht ergeben sich dann folgende Grundsätze. Wenn bei derErweisung einer Gefälligkeit ein Schaden entsteht, z. B. der aus Gefälligkeit im Fahrzeug mitgenommene Gast verunglückt, dann ergeben sich die Ersatzansprüche zunächst aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis. Zu ersetzen ist der Schaden, der in adäquatem Kausalzusammenhang mit einer schuldhaften Verletzung der aus einem Gefälligkeitsverhältnis erwachsenen Treupflicht steht. Es ist deshalb von Bedeutung, in welchem Umfang für Verschulden gehaftet werden soll. Den Haftungsmaßstab gibt § 276 BGB. Diese Vorschrift gilt auch für alle Schuldverhältnisse, in denen eine Sorgfalts- und Erhaltungspflicht geschuldet wird. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um ein vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis handelt.[181]) Danach erstreckt sich die Haftung auf Vorsatz und Fahrlässigkeit, und zwar sowohl auf die grobe wie auf die leichte Fahrlässigkeit.

Während die Haftung für Vorsatz im voraus nicht erlassen werden kann, kann die Haftung für Fahrlässigkeit durch Parteivereinbarung eingeschränkt werden. Auch das Gesetz selbst hat in einigen Fällen die Haftung für Fahrlässigkeit eingeschränkt: §§ 279, 300, 521, 599, 680, 690 BGB. Die Haftung für jede Art von Fahrlässigkeit ist daher nur ein Grundsatz, der im besonderen Fall abgeändert werden kann. Ein solcher Fall, der ein Abweichen vom Grundsatz rechtfertigt, ist auch das Gefälligkeitsverhältnis.

Hier läßt der Gefällige dem andern Teil meist uneigennützig und unentgeltlich Vorteile zukommen. Das Gefälligkeitsverhältnis wird in seiner Eigenart wesentlich durch Begriffe des allgemeinen Anstandes bestimmt. Es würde daher diesen Begriffen entsprechen und nur billig sein, wenn man die Fahrlässigkeitshaftung des Gefälligen mildert. Dieser Gedanke findet seine Stütze auch in der Regelung, die das Gesetz

181) Soergel § 276 Anm. I. 1.

für die Gefälligkeitsverträge des BGB getroffen hat. Schenker und Verleiher haften nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Bei unentgeltlicher Verwahrung erstreckt sich die Haftung nur auf die Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten. Nur beim Auftrag ist die Fahrlässigkeitshaftung aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht eingeschränkt. Es würde daher auch dem Sinn des Gesetzes entsprechen, wenn man die Fahrlässigkeitshaftung beim Gefälligkeitsverhältnis für den Gefälligen entsprechend dem Grundsatz der Gefälligkeitsverträge des BGB mildert.

Es bleibt zu untersuchen, wie diese Einschränkung der Fahrlässigkeitshaftung zu erzielen ist. § 276 I BGB gilt nur, wenn nichts anderes bestimmt ist. Etwas anderes kann durch Parteivereinbarung oder durch Gesetz bestimmt sein. Eine Parteivereinbarung wird Tatfrage sein. Eine gesetzliche Bestimmung könnte unter Analogie der für Schenkung und Leihe oder der für unentgeltliche Verwahrung geltenden Vorschriften gefunden werden. Denn in diesen Vorschriften geht das Gesetz offenbar davon aus, daß derjenige, der unentgeltlich und ohne eigenes Interesse eine Leistung erbringt, nicht für volles Verschulden einstehen soll. Deshalb kann man von einem allgemeinen Prinzip des BGB sprechen, das in einigen ähnlich gelagerten Tatbeständen seinen Niederschlag gefunden hat, dem Prinzip in den Fällen, in denen uneigennützig und unentgeltlich Leistungen erbracht werden, die Haftung einzuschränken. Die Fälle der Schenkung, Leihe und unentgeltlichen Verwahrung sind den hier behandelten Gefälligkeitsverhältnissen ähnlich. Sie sind uneigennnützig und unentgeltlich. Die Gefälligkeitsverhältnisse sind es meistens auch. Beides sind Gefälligkeitsleistungen, der Unterschied besteht nur darin, daß die einen in die Form eines schuldrechtlichen Gefälligkeitsvertrages gekleidet sind, während die anderen keine Leistungspflicht kennen. Der für die Gefälligkeitsverträge aufgestellte Grundsatz müßte sich auch auf das durch ein Gefälligkeitsverhältnis begründete gesetzliche Schuldverhältnis anwenden lassen. Eine Analogie dieser Vorschriften müßte daher möglich sein. Sie muß deshalb zulässig sein, weil das Gesetz für eine bestimmte Gruppe von Fällen etwas anderes bestimmt hat, als im § 276 BGB grundsätzlich vorgesehen ist. Die Gefälligkeitsverhältnisse sind dieser bestimmten Gruppe aber ähnlich. Damit muß sich der Grundsatz des § 276 BGB ausscheiden lassen.

Zweifel könnten noch darüber entstehen, auf welche Art die Haftungseinschränkung vorgenommen werden soll, ob die Vorschriften der Schenkung und Leihe oder die Vorschriften der unentgeltlichen Verwahrung analog herangezogen werden sollen, ob die Fahrlässigkeitshaftung auf grobe Fahrlässigkeit oder die in eigenen Angelegenheiten übliche Sorgfalt beschränkt werden soll.

Es würde billig sein und der Lebensauffassung wohl am meisten entsprechen, wenn man die Haftung des Gefälligen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Gegen eine Haftung für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten würde es wohl nicht sprechen, daß dieser Haftungsmaßstab nur für bestimmte, im Gesetz aufgezählte Fälle vorgesehen ist.[182]) Aber das Ergebnis würde unter Umständen unbillig sein, wenn man dem Gefälligen eine Haftung wie in eigenen Angelegenheiten auferlegt. Er würde nach § 277 BGB für grobe Fahrlässigkeit auch in diesem Fall haften, aber möglicherweise auch dann, wenn nur leichte Fahrlässigkeit vorliegt. Nämlich, wenn jemand besonders gewissenhaft ist, geht seine Haftung dann weiter als die eines ungewissenhaften und leichtsinnigen Menschen, der auch in eigenen Dingen, oder vielleicht gerade dann, nicht sehr sorgsam ist. Wer z. B. selbst immer mit seinem Fahrzeug leichtsinnig fährt, wird dann nicht haftbar zu machen sein, wenn er zufällig aus Gefälligkeit einen Fahrgast mitnimmt, weil es dann nur darauf ankommt, welchen Grad von Sorgfalt er für sich selbst anwendet. Dagegen würde ein sonst sorgsamer Fahrer haften müssen, wenn er ausnahmsweise bei einer Gefälligkeitsfahrt leichtsinnig ist. Eine Haftung wie in eigenen Angelegenheiten wird daher für den sorgsamen Gefälligen einen schärferen Maßstab bedeuten, als sie für den unzuverlässigen bedeuten würde. Außerdem würde eine solche Haftung für den, der eine Gefälligkeit entgegennimmt, eine unklare Sicherung bedeuten, denn es wird oft vorkommen, daß er die Eigenschaften dessen, der ihm gefällig ist, nicht kennt. Man denke an den Wanderer, der einen vorüberfahrenden Kraftfahrer um Mitnahme bittet! Dagegen wird es gerechter sein und auch im Interesse des Gefälligkeitsnehmers liegen, wenn er allgemein weiß, daß er auf Ersatz eines Schadens, der aus leichter Fahrlässigkeit entstanden ist, nicht rechnen kann. Das wird auch dem Sinn des Gefälligkeitsverhältnisses am ersten entsprechen, daß dem Gefälligen nicht eine Haftung auferlegt wird, wie sie sich ein Schuldner im normalen Geschäftsverkehr gefallen lassen muß. Es ist deshalb billig, wenn man die Haftung des Gefälligen für Verschulden dahin einschränkt, daß er nach § 276 BGB für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet, während er von der Haftung für leichte Fahrlässigkeit unter analoger Anwendung der §§ 521, 599 BGB befreit ist. Im Rahmen des gesetzlichen Schuldverhältnisses haftet der Gefällige dann für Schäden, die durch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit entstanden sind.

Dagegen besteht keine Notwendigkeit, die Haftung des Gefälligkeitsnehmers in gleicher Weise einzuschränken. Bei ihm ließe sich eine Erleichterung nicht damit begründen, daß er meist uneigennützig oder

182) RG. in JW 1910 S. 234 Nr. 12.

unentgeltlich eine Leistung erbringt. Er ist vielmehr der, der den Nutzen von der Gefälligkeit des anderen Teiles hat. Da fordert es das Rechtsempfinden, daß er sich für die Gefälligkeit dankbar erweist und z. B. die ihm aus Gefälligkeit belassene Sache besonders sorgsam behandelt oder die Person des ihm Gefälligen keiner Gefahr aussetzt, z. B. durch ungenügende Sicherheitseinrichtungen für einen ihm bei der Arbeit helfenden Gefälligen.[183]) Den Gefälligkeitsnehmer muß deshalb die Haftung aus § 276 BGB voll treffen.

VI. Die deliktische Verschuldenshaftung

1. Grundsätzliche Haftung.

Die Rechtsprechung hat bisher ein gesetzliches Schuldverhältnis bei Gefälligkeitsverhältnissen verneint. Ersatzansprüche für Schäden aus Gefälligkeitsverhältnissen sind deshalb in der Rechtsprechung bisher ausschließlich aus dem Grundsatz der unerlaubten Handlung zugebilligt worden. Nach dem oben Gesagten sind derartige Ersatzansprüche in erster Linie auf das gesetzliche Schuldverhältnis zu stützen. Es bleibt jedoch die Frage offen, ob Ersatzansprüche außerdem auch auf die Vorschriften der unerlaubten Handlung gestützt werden können. Dies ist von Bedeutung, weil sich für den Geschädigten — das gilt für den Gefälligen in gleicher Weise wie für den Gefälligkeitsnehmer — aus den §§ 842—847 BGB in diesem Fall weitergehende Ansprüche ergeben könnten.

Die §§ 823 ff. BGB verlangen für die Begründung eines Ersatzanspruches zunächst die Rechtswidrigkeit der den Schaden verursachenden Handlung. Zutreffend weist Martel darauf hin, daß nicht jede Verletzung der durch die Gefälligkeitszusage begründeten Treupflicht eine unerlaubte Handlung darstellt.[184]) Aber eine unerlaubte Handlung muß dann angenommen werden, wenn eine Handlung nicht nur als eine Verletzung der Treupflicht im Rahmen des Treuverhältnisses erscheint, sondern gleichzeitig als eine Verletzung einer allgemeinen Rechtspflicht. Eine unerlaubte Handlung ist anzunehmen, wenn die Handlung auch ohne das Bestehen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses unerlaubt ist.[185]) Was nach allgemeinen Grundsätzen unerlaubt ist, bleibt es auch dann, wenn die Beteiligten außerdem durch ein gesetzliches Schuldverhältnis einander verpflichtet sind. In den

183) RG. in LZ. 1918 S. 496.
184) Martel, S. 48.
185) RG. Komm. Vorb. 4 a vor §§ 823 ff.; Staudinger Vorb. III. vor §§ 823 ff.; RGZ. 88 S. 317; RGZ. 103 S. 263.

meisten Fällen wird wegen der Verletzung einer Person oder einer Sache ein Ersatzanspruch begründet werden. Dann steht der Anspruch aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis neben dem Anspruch aus der unerlaubten Handlung. Der Gläubiger hat dann die Wahl, welchen Anspruch er geltend machen will. Wird der eine Anspruch befriedigt, dann erlischt der andere. Geht ein Anspruch auf mehr, etwa der Deliktsanspruch auf Schmerzensgeld, dann kann er über den Anspruch aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis hinaus geltend gemacht werden.[186]) Es besteht danach kein Bedenken, eine Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung neben der Ersatzpflicht aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zuzulassen, wenn die Voraussetzungen vorliegen.

Das BGB hat im allgemeinen bei den Delikten an dem Verschuldensprinzip festgehalten und kennt nur im Fall der Haftung für Tierschaden und Wildschaden das Prinzip der Gefährdungshaftung.[187]) Die Deliktshaftung erfordert Verschulden in Form des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit. Der Schädiger haftet für omnis culpa und damit für jede, also auch für die leichte Fahrlässigkeit. Auch das würde ein Unterschied zu der Haftung aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis sein. Da in den meisten Fällen der Geschädigte die Wahl zwischen dem gesetzlichen Schuldverhältnis und der Deliktshaftung haben wird, müssen auch die Schriftsteller, die auch die Gefälligkeitsverhältnisse als schuldrechtliche Verträge oder vertragsähnliche Beziehungen aufgefaßt wissen wollen, sich mit der Deliktshaftung auseinandersetzen. Sie müssen es um so mehr, als sie teilweise in dem von ihnen angenommenen Vertrag die Haftung auf Vorsatz beschränken wollen, denn sonst ergäbe sich, daß nach dem behaupteten Vertrag zwar nur für Vorsatz gehaftet würde, daneben aber nach Deliktsrecht für jede Art der Fahrlässigkeit. Das würde die Einschränkung der Vertragshaftung dann praktisch wieder aufheben. Im allgemeinen wird deshalb die Ansicht vertreten, daß das angenommene Vertrags- oder vertragsähnliche Verhältnis gleichzeitig einschränkend auf die Deliktshaftung wirkt, so daß beide Haftungsmöglichkeiten dann wieder gleich sind.[188])

Wir haben für das gesetzliche Schuldverhältnis die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgenommen. Dennoch müßte nach dem Verschuldensprinzip der unerlaubten Handlungen der Gefällige aus diesen Bestimmungen heraus auch für die leichte Fahrlässigkeit eintreten.

Kann das aber befriedigen? Der Gefällige gewährt dem anderen Vorteile und gewährt sie meist unentgeltlich oder zumindest gegen

186) Enneccerus-Lehmann § 226 Anm. II.

187) Enneccerus-Lehmann § 226 Anm. B.

188) Vgl. Krückmann in JW 1932 S. 3689; Geigel in Seuff. Bl. 77 S. 42; Staudinger II. 2 Vorb. z. 7. Abschn.; Neumann I. S. 523; Schneider in DJZ. 1908 S. 219; Der Gedanke klingt auch in RGZ. 65 S. 17 an.

ein in keiner Weise äquivalentes Entgelt und meist ohne eigenes Interesse. Der Gefälligkeitsnehmer ist der empfangende Teil, der aus der Freundlichkeit des anderen seinen Vorteil zieht. Es ist deshalb nicht billig, wenn der Gefällige ständig von der uneingeschränkten Verschuldenshaftung oder Gefährdungshaftung bedroht wird. Das Leben fordert geradezu eine andere Regelung, und das Rechtsempfinden sagt uns, daß hier eine Abmilderung der Deliktsbestimmungen nötig ist. Daß sie aber grundsätzlich zutreffen, soll festgehalten werden. Danach haftet der Gefällige grundsätzlich für den entstandenen Schaden nach § 823 BGB, also für Verschulden jeder Art. In diesem Sinne hat das Reichsgericht[189]) in einem Fall entschieden, in dem bei einer Gefälligkeitsfahrt infolge eines Radbruches der Fahrgast verletzt wurde. Das Reichsgericht hatte Fahrlässigkeit des Gefälligen angenommen, weil er den Radbruch hätte voraussehen müssen, wobei es nicht erforderlich sein soll, daß die Voraussehbarkeit der Gefahr und eines möglichen Schadens sich auf den konkreten Unfall beziehen muß. Es soll vielmehr schon eine ganz allgemeine Voraussehbarkeit des Schadens genügen, deren Nichtbeachtung als Fahrlässigkeit anzusehen ist. In einem anderen Fall[190]) lehnt das Reichsgericht die Ansicht ab, daß der Kraftfahrer auf Grund der Tatsache einer Gefälligkeitsleistung nur für diejenige Sorgfalt einstehen müsse, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[191]), weil derartige Fälle im Gesetz ausschließlich geregelt seien. Die volle Haftung aus § 823 müsse gelten. Der gleiche Grundsatz ist in einer Entscheidung ausgesprochen[192]), der ein anläßlich einer Treibjagd entstandener Unfall zugrunde lag. Auch dort ist als einziger rechtlicher Gesichtspunkt der Anspruch aus § 823 anerkannt worden. Das Verschulden des Jagdveranstalters wurde darin gesehen, daß er es unterlassen habe, die nötige Sorgfalt zu beobachten, weil mit einer Treibjagd immer gewisse Gefahren verbunden seien, die den Veranstalter zu großer Vorsicht verpflichten. An diesem Grundsatz hat die Rechtsprechung festgehalten[193]) und auch in den neuesten Entscheidungen ausdrücklich betont[194]): „Einen Rechtssatz des Inhaltes, daß im Falle einer Gefälligkeitsfahrt nur für grobes Verschulden des Wagenführers gehaftet werde, gibt es nicht." Das kann auch Louis[195]), in der Anmerkung zu dieser Entscheidung, nicht leugnen, während er dann wei-

189) RG. in JW. 1906 S. 740.
190) RG.in JW. 1910 S. 234.
191) Für diligentia quam in suis spricht sich Zimmermann JW. 1928 Seite 1717 aus; dgl. Sugg S. 35; dagegen Arndt JW. 1929 S. 899.
192) RGZ. 128 S. 42.
193) Vgl. die in Anm. 32 angeführten Entscheidungen.
194) RG. in JW. 1935 S. 1021.
195) Louis in JW. 1935 S. 1021, Anm.

ter behauptet, daß überhaupt keine Haftung zulässig sei. Dem schließt sich auch Carl[196]) vollinhaltlich an. Diese Ansicht, daß Gefälligkeitsverhältnis mit Haftungslosigkeit gleichzusetzen ist, wird sonst im Schrifttum nicht vertreten. Sie ist auch abzulehnen, nicht nur weil sie von den Interessen des Kraftfahrers diktiert zu sein scheint, sondern weil es offensichtlich nicht dem Wesen des Gefälligkeitsverhältnisses entsprechen kann, den einen Beteiligten gewissermaßen rechtlos zu machen. Wir haben vielmehr eine Treupflicht festgestellt; daß sie jede deliktische Haftung ausschließe, konnte aber nicht erkannt werden.

Grundsätzlich besteht die Haftung für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit, wie die Rechtsprechung ganz logisch voraussetzt und wie auch im Schrifttum ganz allgemein anerkannt wird. Sie gilt um so mehr, als wir in dem Gefälligkeitsverhältnis ein Treuverhältnis sehen. Deshalb darf an dem grundsätzlichen Verschuldensprinzip des Deliktsrechts nicht gezweifelt werden. Ebenso zweifellos erscheint aber eine uneingeschränkte Haftung zu hart und den Lebensbedürfnissen widersprechend. Es gilt deshalb, die harte grundsätzliche Verschuldenshaftung auf ein erträgliches Maß herabzusetzen. Das ist auf verschiedenen Wegen versucht worden, die aber keineswegs einheitliche Anerkennung gefunden haben. Nicht zuletzt muß das Treuverhältnis zwischen den Gefälligkeitspartnern für diese Haftungseinschränkung von Bedeutung sein. Aber soviel kann schon hier gesagt werden, daß es nicht jede Deliktshaftung ausschließt, denn gerade im Vertrauen auf die Fürsorge vertraut der Gefälligkeitsempfänger dem Gefälligen seine Rechtsgüterwelt an, und dieses Vertrauen soll nicht enttäuscht werden.[197])

2. Einschränkung der Haftung.

a) Der Ausschlußvertrag.

Auch in der Rechtsprechung machten sich sofort Zweifel geltend, ob die Sachlage nicht eine Abschwächung der Verschuldenshaftung als wünschenswert erscheinen ließe. Anzustreben war dies aus Billigkeit in erster Linie für die leichte Fahrlässigkeitshaftung. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Es liegt auf der Hand, daß bei Gefälligkeitsverhältnissen diese Sorgfalt oft der scharfen Kritik nicht wird standhalten können. In einer Entscheidung vom 24. 1. 1910[198]), der als Tatbestand eine Gefälligkeitsfahrt zugrunde lag, wird eine vertragliche Haftungsausschließung ab-

196) Carl in JW. 1935 S. 1458 Anm. zu Nr. 9.
197) Enneccerus-Lehmann § 27, 6 S. 109.
198) RG. in JW. 1910 S. 234.

gelehnt, weil von einem Verzicht des Eingeladenen auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen solcher Unfälle, die durch ein Verschulden des Einladenden herbeigeführt sind, nicht die Rede sein könne. Später[199]) führt das Reichsgericht dann aus, daß auch die Haftung für eine unerlaubte Handlung, die der eine Teil dem anderen zufügen könnte, ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen werden kann, gleichviel ob es sich um Haftung für Verschulden oder um Gefährdungshaftung handelt. Offensichtlich ist mit Verzichtsvertrag und Ausschlußvertrag derselbe rechtliche Vorgang gemeint.[200])

Die Möglichkeit eines derartigen Ausschlußvertrages ist in ständiger Rechtsprechung als zulässig anerkannt worden.[201]) Ein solcher Vertrag darf nicht mit dem von den Anhängern der Vertragstheorie angenommenen Gefälligkeitsvertrag verwechselt werden, denn der „Gefälligkeitsvertrag" soll sich auf das Rechtsverhältnis beziehen, während der Ausschlußvertrag nur ganz allgemein die Beseitigung der Deliktshaftung zum Gegenstand hat. Ein solcher Haftungsausschluß ist zulässig und auch immer da als vorliegend zu erachten, wo er ausdrücklich erklärt worden ist.

Solche Verträge können auch stillschweigend geschlossen werden.[202]) Der Vorgang stellt sich so dar, daß zunächst die Beteiligten auf Grund einer Erklärung in das Gefälligkeitsverhältnis treten. Daraus folgert das Reichsgericht[203]), daß anzunehmen ist, daß das Einverständnis sich auch darauf erstreckt, in allen nicht besonders besprochenen Punkten den Billigkeitsmaßstab als das beiderseits Gewollte gelten zu lassen.[204]) Voraussetzung einer solchen Auffassung ist, daß die unausgesprochenen Willenskundgebungen sich im Sinne der wechselseitigen Verständigung über eine derartige Willensmeinung auffassen lassen. Wollen somit die Beteiligten ihr Übereinkommen dem Billigkeitsgebot entsprechend beurteilt wissen, so soll daraus folgen — da jeder Teilnehmer die unter Umständen eintretenden Gefahren kennt —, daß jeder bereit ist, beim Eintreten einer Gefahr seinen Schaden selber zu tragen. Auch wenn mit einem ganz normalen Verlauf gerechnet wird! „Denn wenn die Vertragschließenden über den leitenden Grundgedanken, nach dem der Inhalt ihrer Vertragsbeziehungen im einzelnen beurteilt werden soll, einig waren, so umfaßt ihre

199) RG. in JW. 1911 S. 714.
200) So auch Martel S. 58.
201) Vgl. RG.Komm. Vorbem. 4 b vor § 823 S. 595 u. Warneyer § 833 Anm. V S. 742 u. die dort zitierten Entscheidungen.
202) RGZ. 128 S. 42.
203) RGZ. 65 S. 313.
204) Vgl. Koch JW. 1931 S. 3302.

Einwilligung auch alles, was sich durch Schlußfolgerung daraus herleiten läßt, und es war nicht nötig, daß ihnen jede dieser Folgerungen noch besonders zum Bewußtsein kam."

Damit wird das Problem tatsächlich zu einer Tatfrage. Man muß dann wieder nach einer Willenserklärung suchen. Eine solche würde meist nur im Verhalten der Beteiligten gefunden werden können oder müßte daraus gefolgert werden. Das hieße, den Richter in jedem Fall erneut vor die Frage stellen. Diese Bedenken kommen auch in einer anderen Entscheidung[205]) zum Ausdruck, wo gefordert wird, daß es sich aus den Umständen sehr deutlich ergeben muß, wenn die Haftung auch für Verschulden ausgeschlossen sein soll. In seiner neuesten Entscheidung[206]) vom 22. November 1934 stellt das Reichsgericht denn auch fest, daß derartige Fälle nur selten anzunehmen sind, weil regelmäßig zu dem Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit noch ein anderer Umstand hinzutreten muß, wenn man die Ausschließung der Haftung für Verschulden auf eine Willenserklärung des Gefälligkeitsnehmers zurückführen will. Wenn also der Gast nicht irgendeine Erklärung abgibt, aus der sich der rechtsgeschäftliche Wille ergibt, daß er Schadensersatzansprüche nicht geltend machen will, oder wenn er nicht ein Verhalten zeigt, das nach Treu und Glauben als der Ausdruck eines solchen Willens angesehen werden muß, dann kommt eine Haftungsausschließung nicht in Betracht. Damit ist genügend gesagt, daß eine befriedigende Lösung an der Beweisfrage scheitern muß.

Auch in rechtlicher Hinsicht liegen Bedenken vor. Die Annahme einer diesbezüglichen Willenserklärung kann nur dann als billig angesprochen werden, wenn der Gefälligkeitsnehmer die Gefahr kennt. Das trifft durchaus nicht immer zu. Mit Recht warnt Krückmann[207]) vor einem stillschweigenden Vertrage nach Billigkeit und Verkehrssitte. Man denke nur an den Städter, der aufs Land oder an das Meer kommt und mit dem Bauern oder Fischer eine Fahrt macht. Auch die Widerrechtlichkeit würde durch einen Ausschlußvertrag nicht entfallen, denn soll der Geschädigte auf die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches verzichten, so muß begriffsnotwendig zunächst Widerrechtlichkeit gegeben sein.[208]) Es gilt aber, die Widerrechtlichkeit selbst zu beseitigen, denn der Verzicht ist im konkreten Fall nur selten nachzuweisen.

Hält man die Beweisschwierigkeiten nicht für durchschlagend, so wird die Annahme des stillschweigenden Ausschlußvertrages oft an dem Kennenmüssen der Gefahr scheitern. Dann ist es gleich, ob man

205) RG. in JW. 1911 S. 28.
206) RG. in JW. 1935 S. 1023.
207) Krückmann in Jher., J., Band 54 S. 118.
208) Zitelmann in Ziv.Arch. Bd. 99 S. 51—55.

den die Haftung ausschließenden Vertrag in dem „vertragsähnlichen Gefälligkeitsverhältnis“[209]) oder „Gefälligkeitsvertrag“[210]) sehen will, oder in einem besonderen selbständigen stillschweigenden Ausschlußvertrag.[211]) In jedem Fall soll die Haftung vertraglich ausgeschlossen werden, während die Partner an einen solchen Vertrag nicht denken. Auch wenn sie bei der Eingehung des Gefälligkeitsverhältnisses davon ausgehen, daß sie auf die gegenseitigen Belange gebührend Rücksicht nehmen wollen, braucht darin nicht mehr zu liegen als der Wille, sich dem gesetzlichen Schuldverhältnis zu unterwerfen. Ob diese Rücksicht sich soweit erstreckt, daß umgekehrt der eine Teil wegen des Wesens des Gefälligkeitsverhältnisses den Partner nicht nach den §§ 823 ff. voll haftbar machen will, mag im Einzelfall zweifelhaft sein. Gerade wenn die Beteiligten nichts über die Haftung sagen, wird man annehmen müssen, daß sie voneinander eine der billigen Rücksichtnahme entsprechende Behandlung erwarten. Wenn sie aber nicht zum Ausdruck bringen, daß sie die Haftung einschränken wollen, wird dies auch nicht anzunehmen sein. Dann kann aus ihrem Verhalten auch nichts geschlossen werden. Es ist sehr berechtigt, wenn Schröder[212]) davor warnt, den Beteiligten einen ganzen Vertrag unterzuschieben, der als Lückenfüllung neu konstruiert werden müßte. Bei den strengen Vertragsvoraussetzungen des BGB kann man keinen Vertrag annehmen, wenn nicht einmal die angeblichen Vertragschließenden daran gedacht haben. Ein derartiger, den Beteiligten untergeschobener stillschweigender Haftungsausschlußvertrag wäre eine reine Fiktion.[213])

Daraus ist dann zu folgern, daß die Konstruktion eines stillschweigenden Ausschlußvertrages nicht zu dem gewünschten Ergebnis führt. Es soll nicht bestritten werden, daß es sicher Fälle gibt, in denen begründete Vermutungen zur Annahme eines solchen Vertrages bestehen. Liegt das klar, dann sind keine Bedenken vorhanden, im Einzelfall den Haftungsausschlußvertrag anzunehmen. Es erscheint jedoch größte Vorsicht geboten und vor allem darf in einer derartigen Regelung keine Lösung der Frage erblickt werden. Es könnte nur eine Teillösung sein, die schon aus diesem Grunde nicht das gewünschte Ergebnis sein kann. Festzuhalten ist ferner daran, daß der ausdrückliche Haftungsausschluß ohne Zweifel ein im Rahmen des § 276 BGB wirksamer Vertrag ist, der eine wirksame Einrede begründet. Erscheint somit der Weg in manchem Einzelfall als gangbar, so kann er uns doch für den Regelfall nicht genügen, weil in der Praxis

209) Enneccerus-Lehmann, Martel a. a. O. u. a.
210) Krückmann in JW. 1932 S. 3689; v. Blume a. a. O.
211) Planck II, 2, 25. Titel Vorb. 5 c vor 823 ff; Kuhlenbeck S. 701.
212) Schröder S. 58.
213) Oertmann § 833, 5 b, Vorbem. 5 d, S. 1450, 1452.

die Verschuldenshaftung eben doch nur im Ausnahmefall als fortbedungen anzusehen ist.

b) Verschuldensabrechnung.

Es wäre auch denkbar, der Verschuldenshaftung des Gefälligen aus § 823 BGB ein Mitverschulden (§ 254) des Gefälligkeitsnehmers gegenüberzustellen. Der Gedanke wird auch in der Rechtsprechung öfter behandelt. So soll bei einer Gefälligkeitsfahrt u. U. ein Mitverschulden des Gefälligkeitsnehmers darin liegen, daß er — bei Kenntnis von Umständen, die die Fahrt als gefährdet erscheinen lassen — überhaupt an ihr teilnimmt.[214]) In der Teilnahme an einer Treibjagd wird ferner die Möglichkeit des Mitverschuldens gesehen, wenn der Teilnehmer wußte, daß sich unter den Jagdgästen Schützen befanden, die außerordentlich leichtsinnig mit ihrem Gewehr umzugehen pflegen.[215])

Diese Konstruktion des mitwirkenden Verschuldens wird besonders von Krückmann[216]) näher dargelegt. Krückmann spricht von einer rechtsgeschäftlichen Verschuldensabrechnung. Nach seiner Darstellung leistet der Gefälligkeitsnehmer nicht Verzicht auf die möglicherweise geltend zu machenden Haftungsansprüche, sondern er gibt im Sinne der Verschuldensabrechnung eine Erlaubnis. Er erlaubt dem Gefälligen die Vornahme gewisser gefährdender Handlungen. Krückmann sieht diese Erlaubniserteilung in dem Abschluß des angeblichen Gefälligkeitsvertrages. Inhalt dieser Abmachung wäre dann, daß der Gefällige berechtigt ist, Handlungen vorzunehmen, die ihn an sich nach § 823 BGB zu Schadensersatz verpflichten. § 254 BGB stellt verschuldetes Verursachen gegen verschuldetes Verursachen. Das Verschulden des Gefälligkeitsnehmers würde darin liegen, daß er sich dem anderen anvertraut. Dieses Verschulden ist dann gewissermaßen primär. Handelt nun der Gefällige fahrlässig, so wird dieses Verschulden des Gefälligen durch das vorangegangene Verschulden des Gefälligkeitsnehmers abgerechnet. Das müßte aber von vornherein feststehen.

Deshalb verfährt Krückmann in folgender Weise.[217]) Der Gefälligkeitsnehmer gibt dem Gefälligen die Erlaubnis zur Vornahme gewisser an und für sich rechtswidriger Handlungen. Der Gefällige erhält somit ein Recht auf Vornahme dieser Handlungen. Diese Erlaubnis soll immer bei jedem „Vertrag" angenommen werden und braucht dann nicht erst im Einzelfall aus besonderen Tatumständen, besonderer

214) RG. in JW. 1910 S. 234; vgl. auch Hinrichs S. 48, 64.
215) RGZ. 128 S. 42.
216) Krückmann in Jher. J. Bd. 54 S. 118 ff.; JW. 1932 S. 3688 ff
217) Krückmann in Jher. J. Bd. 54 S. 119—23.

Sachkenntnis, Vertrautheit mit den Anschauungen eines bestimmten Bevölkerungskreises hergeleitet zu werden. Es ist zu bedenken, daß Krückmann vom Auftrage oder einem anderen Vertrage ausgeht, in dem die Erlaubnis gleichzeitig liegen soll. Die Rechtswidrigkeit bleibt an sich bestehen, doch wird der durch das Verschulden des Gefälligen entstandene Schaden durch das Verschulden des Gefälligkeitsnehmers, nämlich die Annahme der Gefälligkeit, aufgewogen. Das Verschulden des Gefälligen wird dadurch gewissermaßen neutralisiert und die Anwendbarkeit des § 823 BGB entfällt, weil es am erforderlichen Verschulden fehlt. Wir haben den Gefälligkeitsvertrag jedoch abgelehnt und können darin keine Erlaubnis erblicken. Das würde an sich nicht hinderlich sein, ein Mitverschulden anzunehmen, denn dieses braucht ja nicht ausbedungen zu sein. Das Verschulden wäre tatsächlicher Art. Es setzt nicht einmal die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht voraus, sondern ist schon dann gegeben, wenn der Geschädigte Maßnahmen unterläßt, die ihm zur Abwendung des Schadens zu Gebote stehen, wenn er diejenige Sorgfalt außer acht läßt, die nach der Auffassung des Verkehrs ein ordentlicher und verständiger Mensch anwendet, um sich tunlichst vor Schaden zu bewahren.[218])

Damit ist gesagt, daß der Richter mitwirkendes Verschulden auch dann zu prüfen hat, wenn die Parteien nichts darüber abgemacht haben. Ja, das ist sogar der Regelfall des § 254, daß bei der Prüfung der Verschuldensfrage das Verschulden des Schädigers gegen das mitwirkende Verschulden des Geschädigten abgewogen wird. Wenn nun diese Abwägung vorweggenommen wird, so ist zum Wägen doch immer gleiche Belastung der Waagschalen erforderlich. Das fordert letzten Endes auch Krückmann. Es gilt also gleichviel, ob man Verschuldensabrechnung oder einfach das mitwirkende Verschulden des § 254 BGB annimmt. Auf jeden Fall muß den Gefälligkeitsnehmer doch ein Verschulden treffen, das abgewogen oder abgerechnet werden kann. Sehr richtig nimmt Cramer[219]) an, daß als Voraussetzung zur Unterstellung des Verschuldens ein gewisses Kennenmüssen oder Ahnenmüssen der u. U. möglichen Gefahr erforderlich ist. Denn es geht ja darum, ob der Geschädigte etwas unterlassen hat, was er als ordentlicher und verständiger Mensch zur Abwendung des Schadens hätte tun müssen. An dieser Kenntnis und Voraussehbarkeit fehlt es aber meist.

Früher galt ein Kraftfahrzeug als gefährlich, und wer hineinstieg, setzte sich Gefahren aus. Darin mag das Mitverschulden gesehen werden. Aber was sagt das? Wären die Gefälligkeitsverhältnisse im Schrifttum gebührend in ihrer weiten Erfassung des täglichen Lebens

218) RGZ. 100 S. 42.
219) Cramer S. 33. So auch RG. in JW. 37/1633 Nr. 5.

berücksichtigt worden, dann hätte sich ein anderes Bild ergeben. Aber das Schrifttum hat sich daran gewöhnt, Gefälligkeitsverhältnis mit Gefälligkeitsfahrt im Kraftwagen gleichzusetzen oder doch den letzten Vorgang als typische Grundform zu betrachten. Das ist aber nicht richtig. Die Gefälligkeitsfahrt ist lediglich ein besonderer Fall der im täglichen Leben täglich und überall sonst vorkommenden Gefälligkeiten.[220])

Was für die Gefälligkeitsfahrt im Kraftwagen oder Fuhrwerk gilt, gilt nicht für das weite Gebiet aller Gefälligkeiten. Daß die Unfälle bei Gefälligkeitsfahrten infolge des höheren Streitwertes fast ausschließlich in der Rechtsprechung der höheren Instanzen behandelt werden, darf für den Betrachtungsstand nicht maßgebend sein. Wollte man von der Gefälligkeitsfahrt ausgehen, dann würde man ein Präjudiz schaffen, das in anderen Fällen mühsam passend gemacht werden müßte. Oder es wäre eben nur eine Teillösung erzielt worden. Das kann nicht befriedigen. Wenn auch nicht bestritten werden kann und soll, daß man bei einer Reihe von Sachverhalten ein mitwirkendes Verschulden annehmen kann, so kann jedoch nicht behauptet werden, daß auch nur die Hälfte der tatsächlich vorkommenden Fälle erfaßt wird.

Worin ist das Verschulden zu sehen? Ist es schuldhaft, wenn der Gast die Aufforderung annimmt, auf dem Stuhle Platz zu nehmen und mit dem Stuhl zusammenbricht und den Arm bricht, weil der Stuhl alt war und der Gastgeber aus Zerstreutheit auf den falschen, den alten Stuhl gewiesen hat? Verschulde ich etwas, wenn ich die Einladung zu einer Abendgesellschaft annehme und weiß, daß die mir zugedachte Tischdame sehr ungeschickt ist und weil ich deshalb voraussehen muß, daß sie mir die Suppe über den Anzug gießen und ihn damit verderben wird? Darin kann doch kein Verschulden gesehen werden, und darin liegt auch kein Verschulden. Ein Verschulden des Geschädigten darf nicht einmal ohne weiteres angenommen werden, wenn er sich bewußt einer Gefahr aussetzt. Vielmehr ist die Gesamtlage der Umstände zu prüfen.[221]) Damit ist die aufgestellte Regel aber nur sehr begrenzt anwendbar und bildet keine umfassende Lösung.[222])

Es gibt eine große Zahl von Fällen, in denen ein mitwirkendes Verschulden des durch die Gefälligkeitsleistung Geschädigten nicht gefunden werden kann. Dann müßte schließlich ein jeder fahrlässig handeln, der sich von seinem Mitmenschen einen Gefallen tun läßt, und das kann doch nicht angenommen werden. Was vielleicht für die Gefälligkeitsfahrt gilt, gilt nicht für alle Gefälligkeitsverhältnisse. Aber

220) Schumacher, S. 1.
221) Enneccerus-Lehmann § 16 I 3 b S. 76.
222) Klünder, S. 37.

gerade die grundsätzliche Haftungsgestaltung der Gefälligkeitsverhältnisse soll dargestellt werden. Da darf nicht vom Sonderfall ausgegangen werden, sondern es muß eine Generalnorm gefunden werden. Deshalb führt die Abmilderung der Haftung durch Anwendung des § 254 BGB nicht zum gewünschten Ziel.

c) Gefahrübernahme.

Unser Recht kennt die Gefährdungshaftung als die unbedingte Haftung ohne Rücksicht auf Verschulden. Eine solche Gefährdungshaftung ist immer da gegeben, wo aus dem Vorhandensein gewisser Umstände eine Gefahrenquelle für die Mitmenschen gegeben ist. So kennen wir z. B. als Gefährdungshaftung die Haftung des Kraftfahrers gegenüber Passanten, die Haftung des Tierhalters und die Haftung für Wildschaden. Für den Fall, daß jemand zu dem Gefährdungshaftpflichtigen in ein besonderes Verhältnis tritt, hat die Lehre einen Grundsatz herausgearbeitet, nach dem die Gefährdungshaftung abgemildert werden soll. Diese Lehre ist auch für die deliktsrechtliche Verschuldenshaftung von Bedeutung und muß deshalb an dieser Stelle berücksichtigt werden. Wer z. B. ein Tier hält, haftet für den Schaden, den das Tier anrichtet. Das hat seinen Grund darin, daß ein Tier oft unberechenbar ist und somit eine ständige Gefahrenquelle darstellt. Wer sich nun in den Bereich einer solchen Tiergefahr begibt, setzt sich durch sein eigenes Verhalten einer Gefahr aus. Daraus sind für die Haftungsfragen bei Gefälligkeitsverhältnissen — zunächst bei Tierschaden — wichtige Schlüsse gezogen worden.

Krückmann[223]) stellt im Gegensatz zum Grundsatz der erwähnten Verschuldensabrechnung den Begriff der Gefährdungsaufrechnung auf. Dem liegt die analoge Anwendung des § 254 BGB zugrunde. Aufrechnung, wenn jemand sich selbst ohne Verschulden einer ebenfalls ohne Verschulden entstandenen Gefahr aussetzt, oder „Aufrechnung mit der Selbstgefährdung gegen die Fremdgefährdung durch den anderen". § 254 BGB stellt Verschulden gegen Verschulden oder verschuldetes Verursachen gegen verschuldetes Verursachen.[224]) Daraus folgert Krückmann: „Mit demselben Recht kann aber gegenübergestellt werden: unverschuldetes Verursachen gegen unverschuldetes Verursachen. Die Grundlage für jede Verschuldensaufrechnung ist in Wirklichkeit die Verursachung." Das kann nicht treffender gesagt werden und zeigt zugleich die Bedeutung dieses Grundsatzes für das Gebiet der deliktsrechtlichen Verschuldenshaftung. Denn auch das Verschul-

223) Krückmann in Jher. J. Bd. 54 S. 130.
224) Enneccerus-Lehmann § 16 I 1 S. 75.

den ist Verursachen. Der aufgestellte Satz gilt damit gleichmäßig für Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung.[225]) Er gilt überall da, wo eine Gefahrenquelle besteht. Eine Gefahrenquelle liegt aber auch im Leichtsinn, in der Fahrlässigkeit vieler Menschen.

Wer sich in einen Gefahrenkreis begibt, gefährdet sich. Nun folgert Krückmann[226]): durch Selbstgefährdung wird die ganze Gefährdungshaftung ausgeschlossen, die Haftung, z. B. des gefälligen Autofahrers oder Tierhalters, fällt fort. „Selbstgefährdung ist Übernahme der besonderen Gefahr, in die sich der Beschädigte hineinbegibt zum Unterschied von allen übrigen Menschen." Diese besondere Gefahr ist höher anzuschlagen als die allgemeine, jedem Menschen drohende Gefahr. Das nennt Krückmann: „Deliktsrechtliche Gefährdungsaufrechnung nach dem Muster der Verschuldensabrechnung"[227]) mit dem Ergebnis, daß der Gefährdende die Erlaubnis zur Vornahme gefährdender Handlungen haben soll. Diesen Grundsatz hat Krückmann für die Gefährdungshaftung aufgestellt und will ihn hier angewandt sehen.

Ähnlich verfährt Flad[228]), der von einer Gefahrübernahme, d. h. einem „Handeln auf eigene Gefahr" spricht. Der Geschädigte nimmt die Gefahr, die ihm durch Kraftwagen oder Pferd droht, auf sich, indem er sich dem Fuhrwerk anvertraut. Er handelt damit bewußt auf eigene Gefahr, d. h. er lehnt bewußt die Haftung eines anderen von vornherein ab. Darin sieht Flad eine Einwilligung in die Verletzung, die somit nicht rechtswidrig sei. Die Widerrechtlichkeit der tatsächlich eingetretenen Schädigung werde ausgeschlossen, denn, wer bewußt auf eigene Verantwortung eine Gefahr übernimmt, kann im Falle ihrer Verwirklichung keinen Schadenersatz fordern, denn er hat ja eingewilligt, die Gefahr eines Schadens zu tragen. Diese Einwilligung ist rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Sie erfordert somit Geschäftsfähigkeit. Ein Minderjähriger kann danach keine Gefahr übernehmen; sie bringt ihm keinen Vorteil.

Bei dem Wort Einwilligung können berechtigte Bedenken auftreten. Einwilligung in die Vornahme einer an und für sich rechtswidrigen Handlung erscheint zu passiv ausgedrückt. Der Parteiwille geht nicht bloß auf die Außerkraftsetzung einer verbietenden Norm, sondern auf die Inkraftsetzung eines erlaubenden Rechtssatzes.[229]) Man sagt darum besser Erlaubnis, denn der Einwilligende will dem anderen erlauben, die Handlung vorzunehmen. Der andere soll ein subjektives Recht, ein Ermächtigungsrecht zur Vornahme dieser Handlung haben.

---

225) Zustimmend Martel, S. 66.
226) Krückmann in Jher. J. Bd. 54 S. 133.
227) In JW. 1932 S. 3691.
228) Flad im „Recht" 1919 S. 13 ff.
229) Zitelmann Ziv.Arch. Bd. 99 S. 55.

Der Gegner übt dann ein Recht aus, wenn er eine an sich rechtswidrige Handlung vornimmt, die aber infolge der Erlaubnis nicht rechtswidrig ist. Denn, wer ein ihm zustehendes Recht ausübt, handelt nicht rechtswidrig.

Man sagt am besten, Erlaubnis ist nicht Einwilligung zu Rechtsgeschäften, sondern zu einem tatsächlichen Verhalten, und bewirkt nicht Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, sondern Rechtmäßigkeit eines tatsächlichen Verhaltens.[230]) Diesen Grundsatz hat sich auch das Reichsgericht zu eigen gemacht und nimmt ein Handeln auf eigene Gefahr an, wenn eine allgemeine Gefahr sich aus der Sachlage ergibt.[231]) In einer neueren Entscheidung[232]) wird der Standpunkt ausführlich begründet. Der Entscheidung lag ein Unfall mit einem Kraftrad zugrunde. Damit wendet die Rechtsprechung den ursprünglich für die Gefährdungshaftung geprägten Begriff des Handelns auf eigene Gefahr auf die deliktsrechtliche Verschuldenshaftung an.[233]) Es wird damit anerkannt, daß auch außervertraglichem Verschulden gegenüber ein Ausschluß der Haftung nicht nur nach ausdrücklicher oder stillschweigender Abmachung, sondern auch aus dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr möglich ist.[234])

Das ist auch zutreffend. Fahrlässigkeit ist oft im Charakter des Menschen begründet. Man denke nur an den typisch Leichtsinnigen. Vertraue ich nun einem Menschen meine Rechtsgüterwelt an — und wir haben festgestellt, daß das Gefälligkeitsverhältnis gerade ein Anvertrauen, ein Treuverhältnis ist —, so begebe ich mich in den Gefahrenkreis. Nun entspricht es aber dem Wesen des Gefälligkeitsverhältnisses als einem Treuverhältnis, daß beide Beteiligte „sich nehmen, wie sie sind", daß sie „miteinander keine Umstände machen".

Man denke an die soldatische Kameradschaft. Das ist das ureigenste Wesen des Treuverhältnisses, daß beide Beteiligte von vornherein die beiderseitigen Fehler mit in Kauf nehmen. Der Freund verlangt vom Freund nicht das peinlich genaue Verhalten eines Geschäftsmannes. Durch die Annahme der Gefälligkeit wird dargetan, daß dem anderen ein weiterer Haftungsmaßstab zugesichert wird. Diese Rücksichtnahme ist die Gegenpflicht des Gefälligkeitsnehmers. Das Wesen des Gefälligkeitsverhältnisses als eines Treuverhältnisses fordert eine Einschränkung der Verschuldenshaftung. Man kann also unbedenklich nach dem Grundsatz des Handelns auf eigene Gefahr (oder der Gefährdungsaufrechnung) annehmen, daß bei allen Gefälligkeitsverhält-

230) Planck II 2 § 823 Anm. 3 c S. 1731; § 833 Anm. 4 b S. 1797.
231) RG. in JW. 1911 S. 28.
232) RGZ. 141 S. 263.
233) RG. in JW. 1914 S. 589.
234) RG. Komm. § 254 Anm. 5 S. 435; Planck II 2 § 833 Anm. 4 b S. 1797.

nissen die leichte Fahrlässigkeit der deliktsrechtlichen Verschuldenshaftung ausgeschlossen sein soll. Für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit tritt die uneingechränkte Haftung des § 823 BGB ein, was durchaus als billiger Maßstab angesehen werden muß.

Zwischen Mitverschulden und Selbstgefährdung besteht viel Ähnlichkeit[235]), aber der grundsätzliche Unterschied ist doch sehr groß. Niemand verschuldet etwas, wenn er eine Gefälligkeit annimmt, aber auch niemand vergibt sich etwas, wenn er anerkennt, daß er sich durch die Annahme einer Gefälligkeit zu seinem Partner in Beziehungen setzt, die ihrem innersten Wesen nach die Haftung für einfache Fahrlässigkeit nicht zulassen. Ein derartiger Haftungsmaßstab ist gerade aus den besonderen Umständen des Gefälligkeitsverhältnisses zu fordern, denn gerade diese besonderen Umstände sind entscheidend. Damit würde auch die Schwierigkeit vermieden sein, die sich daraus ergeben könnte, daß einmal ein sehr sorgsamer und einmal ein sehr leichtsinniger Mensch der Schädiger ist. Auf den ersten Blick könnte es scheinen, daß derjenige schlechter gestellt ist, der einem besonders sorgsamen Menschen im Rahmen der Gefahrübernahme eine derartige Erlaubnis gibt. Denn er meint ja, bei einem sehr sorgsamen Menschen ein geringeres Risiko eingehen zu können. Aber das scheint nur so. Denn in jedem Fall soll nur die leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden, nicht aber soll es auf die Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten ankommen. Dann ist aber ein gemeingültiger Maßstab gefunden. Die konkrete Entscheidung wird dann immer im Einzelfall von der Wertung der Tatumstände abhängen und feststellen müssen, wie weit ein Verhalten noch als leichte Fahrlässigkeit gelten kann und wann es als grobfahrlässig angesehen werden muß.

Rechtlich gesehen ist die Erlaubnis eine Willenserklärung.[236]) Sie erfordert Geschäftsfähigkeit. Daraus folgt, daß der Grundsatz des Handelns auf eigene Gefahr für nicht Geschäftsfähige keine Anwendung finden kann, sondern daß hier der Gefällige für jedes Verschulden haftet. Bedenkt man, daß der weitaus größte Teil der Geschäftsunfähigen Jugendliche sind — die genehmigungsfreie Kontrahierungsmöglichkeit aus § 107 BGB dürfte hier nicht in Frage kommen —, dann kann diese Ausnahme nur als gerecht empfunden werden. Die Jugend hat ein ungeschriebenes Recht auf Sorgfaltserweisung. Wer zum Jugendlichen in ein Treuverhältnis tritt, soll sich seiner Sorgfaltspflicht ganz besonders bewußt sein und sich für das Schicksal des sich ihm anvertrauenden Jugendlichen mitverantwortlich fühlen. Auch das ist ein Vorzug gegenüber dem mitwirkenden Verschulden, das gerade im Falle des Jugendlichen zu ungerechten Ergebnissen führen muß.

235) Vgl. RGZ. 141 S. 263.
236) Vgl. Flad im „Recht" 1919 S. 13 ff.

Somit bestehen keine Bedenken, den Grundsatz des Handelns auf eigene Gefahr auf die deliktsrechtliche Verschuldenshaftung bei Gefälligkeitsverhältnissen anzuwenden und den Gefälligen von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit zu befreien.

d) Motivierte Rechtswidrigkeit.

Neuerdings wird von Louis[237]) und Carl[238]) die Ansicht vertreten, daß es dem Wesen der Gefälligkeit entspräche, wenn automatisch jede Verschuldenshaftung ausgeschlossen würde. Begründet wird dies damit, daß der Gefälligkeitsnehmer die Pflicht habe, das Los des Gefälligen zu teilen. Das kann nicht befriedigen und würde aus dem Gefälligkeitsverhältnis Rechtlosigkeit des Gefälligkeitsnehmers machen. Rechtlich wäre es so zu werten, daß bei Gefälligkeitsverhältnissen jede Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sein soll, wenn der Gefällige schuldhaft einen Schaden verursacht. Dem steht schon § 276 Abs. 2 BGB entgegen. Aber auch darüber hinaus kann „das Los des andern teilen" nicht mit der Gestattung grober Fahrlässigkeit identisch sein, denn diese ist ein subjektives Moment. Das Treuverhältnis setzt den Gast nicht der Willkür des Gastgebers aus. Meines Erachtens wird der Grundsatz des Handelns auf eigene Gefahr den Bedürfnissen am ersten gerecht.

VII. Die Gefährdungshaftung

1. Der Haftungsgrundsatz.

Wie schon dargelegt[239]), kennt das Gesetz die Gefährdungshaftung als Haftung ohne Rücksicht auf Verschulden. Für die Gefälligkeitsverhältnisse kommt die Tierhalterhaftung des § 833 BGB in Frage. Es sind dies die Fälle, in denen jemand aus Gefälligkeit im Pferdefuhrwerk mitgenommen wird, ihm das Reiten gestattet wird, oder wo jemandem ein Jagd- oder Wachhund oder eine gut mausende Katze für kurze Zeit überlassen wird. Richtet nun das Tier einen Schaden an, so haftet der Halter unbedingt. Das erscheint berechtigt gegenüber unbeteiligten Dritten, kann aber beim Vorliegen eines Gefälligkeitsverhältnisses nicht gerecht erscheinen, weil es viel zu hart wäre.[240])

237) Louis in JW. 1935 S. 1021 u. in JW. 1936 S. 425.
238) Carl in JW. 1935 S. 1458.
239) Vgl. VI, 2, c.
240) Vgl. Litten in DJZ. 1905 S. 340 ff.; Siber in DJZ. 1905 S. 138 ff.; Jung in Ziv. Arch. Bd. 117 S. 46 ff.

Wir haben festgestellt, daß es dem Wesen des Treuverhältnisses entspricht, wenn der Gefällige für grobes Verschulden haftet. Das ist eine subjektive Haftung, die der Willkür des Gefälligen Schranken auferlegt. Anders liegt es bei der Tierhalterhaftung, die objektiv zu werten ist. Wer sein Tier zu einer Gefälligkeitsleistung hergibt, darf dadurch nicht einer Haftung ausgesetzt werden, die ihn ungleich härter träfe als eine Verschuldenshaftung, weil er selbst an dem eintretenden Schaden ganz unschuldig sein kann. Es muß vielmehr als dem Wesen des Gefälligkeitsverhältnisses entsprechend angestrebt werden, den gefälligen Tierhalter von jeder Haftung freizustellen.

2. Der Ausschluß der Haftung.

a) Haftungsausschluß durch Vertrag.

Wie bei der deliktsrechtlichen Verschuldenshaftung ist auch bei der Gefährdungshaftung ein vertraglicher Haftungsausschluß denkbar.[241]) So hat auch das Reichsgericht[242]) einen stillschweigenden Haftungsausschluß bei der Gefährdungshaftung angenommen: „In der Bitte um unentgeltliche Mitfahrt (im Pferdefuhrwerk) und ihrer Gewährung liegt die stillschweigende Vereinbarung des Ausschlusses der Tierhalterhaftung." Die Willenseinigung der Parteien soll insofern auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sein, als einerseits für die tatsächlich gewährte Mitfahrt jede Vergütung, andererseits für eine von dem Gefälligen nicht verschuldete Gefährdung jegliche Haftung ausgeschlossen sein soll. Das Oberlandesgericht Stuttgart[243]) lehnt die Annahme eines stillschweigenden Haftungsausschlusses ab, wenn der Gefällige versichert war. Das Reichsgericht läßt mit Recht diesen Gesichtspunkt nicht gelten.[244])

Gegen die Annahme eines vertraglichen Haftungsausschlusses für Gefährdungshaftung bestehen dieselben Bedenken wie im Falle der deliktischen Verschuldenshaftung. Ein derartiger Vertrag wäre eine Fiktion und würde den grundsätzlichen Vertragsbestimmungen nicht entsprechen. Ein stillschweigender Ausschlußvertrag genügt deshalb den Anforderungen des Lebens nicht.

---

241) Enneccerus-Lehmann § 466 IV; Soergel § 833 Anm. 5 S. 1349; Staudinger II 3 § 833 Anm. 10 b S. 1903; RG.Komm. § 833 Anm. 7 c; Oertmann § 833 Anm. 5 b S. 1450—52; Planck § 833 Anm. 4 b.

242) RG. in JW. 1908 S. 108, JW. 1934 S. 346, RGZ. 65 S. 313, 67 S. 431.

243) OLG. Stuttgart in Seuff.-Bl. Bd. 74 S. 148.

244) RG. in JW. 1935 S. 441.

b) Mitverschulden.

Ganz ähnlich liegen die Dinge bei der Anwendung des § 254 BGB auf die Tierhalterhaftung. Die Anwendbarkeit ist auch hier wie im Falle der deliktsrechtlichen Verschuldenshaftung gegeben; das dort Gesagte gilt auch hier. Es kann kein Selbstverschulden darin gesehen werden, wenn jemand sich zu einer Fahrt im Pferdewagen einladen läßt oder ein Pferd besteigt oder den Jagdhund des Jagdfreundes an die Leine nimmt. Es mag wohl im Einzelfalle ein Verschulden zu finden sein, wenn z. B. das Tier als besonders wild und störrisch zu erkennen ist, oder wenn der Fahrgast beim Trabfahren um gefährliche Ecken nicht zum Langsamfahren ermahnt oder gar zum Schnellerfahren aufmuntert[245]), aber im Regelfall wird das doch nicht zutreffen. Man wird mit Recht annehmen müssen, daß es sich hier doch mehr um einen Fall der Selbstgefährdung handelt, in dem der Geschädigte sich auf eigene Gefahr in den Gefahrenkreis begibt und sich der Tiergefahr aussetzt.[246]) Die Annahme mitwirkenden Verschuldens wird deshalb im allgemeinen nicht der richtige Weg sein. Wollte man die von Krückmann[247]) für die Verschuldenshaftung aufgestellte Verschuldensabrechnung auf die Gefährdungshaftung übertragen, so wäre das Ergebnis schon deshalb unbefriedigend, weil die erforderliche rechtsgeschäftliche Erlaubnis von Minderjährigen nicht erteilt werden kann. So ergibt sich die Notwendigkeit, weitere Möglichkeiten des Ausschlusses der Tierhalterhaftung in Erwägung zu ziehen, um das gewünschte Ziel, die vollständige Freistellung des Gefälligen von der Gefährdungshaftung, zu erreichen.

c) Gefährdungsaufrechnung.

Es ist grundsätzlich zutreffend, wenn man die Fälle, in denen der Gefälligkeitsnehmer sich der Tiergefahr aussetzt, als „Gefahrübernahme", „Selbstgefährdung" oder „Handeln auf eigene Gefahr" bezeichnet und so im Wege der „Gefährdungsaufrechnung" die Tierhalterhaftung ausschließt. Es ist schon erörtert worden, daß dieser Grundsatz sich gerade bei der Gefährdungshaftung entwickelt hat, weil das Bedürfnis bestand, die unbillig harte Haftung für das Gefälligkeitsverhältnis auszuschließen.[248]) Die Folgerung aus diesem Gedanken ist für die Verschuldenshaftung und für die Gefährdungshaftung verschieden.

245) RG. in JW. 1914 S. 589.
246) Flad im „Recht" 1919 S. 15.
247) Krückmann in Jher. J. Bd. 54 S. 119—23.
248) Vgl. VI, 2, c.

Die Anwendung des Gedankens der Gefährdungsaufrechnung führt in Verbindung mit der beide Beteiligte im Gefälligkeitsverhältnis umfassenden Treupflicht dazu, die Verschuldenshaftung insoweit einzuschränken, daß sie sich nur mehr auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit erstreckt. Dagegen würde die Haftung des Tierhalters vollkommen aufgehoben werden. Der Einfluß der Gefährdungsaufrechnung ist also hier sehr viel weitergehend, weil er die Haftung nicht nur einschränkt, sondern vollkommen beseitigt. Das kann auch nur als den Lebensbedürfnissen entsprechend anerkannt werden. Das erhellt besonders, wenn man bedenkt, daß es der Normallfall des § 833 BGB ist, daß durch ein Tier ein völlig Unbeteiligter zu Schaden kommt. Die Stellung dieses Unbeteiligten zum Tier ist eine andere als die des Gefälligkeitsnehmer, dem z. B. ein Hund zur Jagd überlassen wird. Wir haben gesehen, daß auch der Gefälligkeitsnehmer hinsichtlich der hingegebenen Sache dem Gefälligen eine Erhaltungspflicht schuldet. Er steht dem Tier dann nicht mehr unbeteiligt gegenüber, sondern tritt in eine Stellung, die in gewisser Hinsicht der des Tierhalters ähnlich ist. Er übernimmt nicht nur eine Erhaltungspflicht hinsichtlich des Tieres, sondern er übernimmt auch gleichzeitig die möglichen Gefahren, die von dem Tier drohen können. Dadurch, daß jemand freiwillig in den von einem Tier bedingten Gefahrenkreis tritt, bringt er zum Ausdruck, daß er auf die Tierhalterhaftung verzichten will.

Rechtlich ist nun eine solche Erklärung zwar nicht eine Erlaubnis zur Vornahme einer gefährdenden Handlung, wie im Falle der Verschuldenshaftung, wohl aber eine Erklärung, auf die Haftung verzichten zu wollen. Es wird nicht notwendig sein, danach zu forschen, ob eine solche Erklärung abgegeben ist. Man wird aus dem Wesen des Gefälligkeitsverhältnisses heraus folgern können, daß diese Erklärung immer schon in der Eingehung des Gefälligkeitsverhältnisses zu sehen ist. Die Treupflicht des Gefälligkeitsnehmers gebietet ihm als Ausfluß des Treuverhältnisses den Verzicht auf die Tierhalterhaftung.

Wenn so Eingehung des Gefälligkeitsverhältnisses und Verzicht auf die Tierhalterhaftung zeitlich und tatsächlich zusammenfallen, so darf aber nicht verkannt werden, daß es rechtlich zwei verschiedene Vorgänge sind. Wir haben festgestellt, daß an die Eingehung des Gefälligkeitsverhältnisses nicht die Anforderungen zu stellen sind, die für einen Vertragsschluß nötig sind. Der Eintritt in ein Gefälligkeitsverhältnis erfordert nicht die Geschäftsfähigkeit, weil hierzu nur ein auf die Herbeiführung des tatsächlichen Zustandes gerichteter, ein Tatwille erforderlich ist. Auch ein Minderjähriger kann daher ein Gefälligkeitsverhältnis begründen. Die Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich. Und das ist gerade in einer Zeit von Bedeutung, in der die Jugend viel wandert und sich häufig von vorbeikommenden Fahrern

mitnehmen läßt. Aber zu einer die Gefährdungshaftung ausschließenden Erklärung ist die Geschäftsfähigkeit erforderlich.[249]) Dann kann die Gefährdungsaufrechnung nicht gelten, wenn ein nicht Geschäftsfähiger beteiligt ist. Wir kommen dann zu dem Ergebnis, daß ein Minderjähriger zwar ein Gefälligkeitsverhältnis begründen kann, aber daß in diesem Falle der Gefällige nicht von der Haftung des Tierhalters befreit wird. Wie bei der Verschuldenshaftung muß auch bei der Gefährdungshaftung gegenüber einem Minderjährigen voll gehaftet werden.

Zusammenfassend sei noch einmal gesagt, daß Gefälligkeitsverhältnisse Treuverhältnisse sind, die für die Beteiligten eine Treupflicht in Gestalt eines gesetzlichen Schuldverhältnisses begründen. Auch ein Nichtgeschäftsfähiger kann sie eingehen. Das Gefälligkeitsverhältnis ist grundsätzlich frei widerruflich und erzeugt weder Leistungspflicht noch Leistungsanspruch. Aber im Falle des Wortbruchs kann für den Treulosen eine Ersatzpflicht aus § 826 BGB bestehen. Tritt bei Erweisung einer Gefälligkeit ein Schaden ein, so haftet der Schädigende dem anderen Teil zunächst aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis im Rahmen des § 276 BGB, und zwar der Gefällige für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit und der Gefälligkeitsnehmer für jedes Verschulden. Daneben ist eine Verschuldenshaftung aus Delikt möglich, die aber auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist. Die Gefährdungshaftung ist ausgeschlossen. Gegenüber einem Nichtgeschäftsfähigen erstreckt sich jedoch die Deliktshaftung auf volles Verschulden und auch auf die Gefährdungshaftung.

---

249) Vgl. Krückmann in Jher. J. Bd. 54 S. 130; Flad im „Recht" 1919 S. 14; Zitelmann in Ziv. Arch. Bd. 99 S. 55; RGZ. 141 S. 263.

Lebenslauf.

Ich bin am 23. Juli 1911 als 4. Kind des Rittmeisters d. L. und Landwirts Ulrich v. Dewitz und seiner Ehefrau Viola geb. Spiekermann in Klein-Sabow in Pommern geboren. Ich besitze durch Geburt die Deutsche Reichsangehörigkeit. Da auf dem väterlichen Gut keine Lehrmöglichkeiten vorhanden waren, erhielt ich meinen ersten Unterricht durch Hauslehrer. Zu Weihnachten 1925 trat ich in das Reform-Realgymnasium in Eutin (Holstein) ein, wo ich am 3. März 1931 die Reifeprüfung bestand. Anschließend studierte ich 8 Semester Rechtswissenschaften bis einschließlich WS. 1934/35, und zwar 3 Semester vom SS. 1931 bis SS. 1932 in Tübingen, im WS. 1932/33 in Kiel, im SS. 1933 in Wien und vom WS. 1933/34 bis WS. 1934/35 noch weitere 3 Semester in Kiel. Am 18. Juni 1935 bestand ich vor der Prüfungsstelle des Reichsjustizprüfungsamtes beim Oberlandesgericht in Kiel die 1. Staatsprüfung. Seit November 1935 befinde ich mich im Ausbildungsdienst, z. Z. beim Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg.